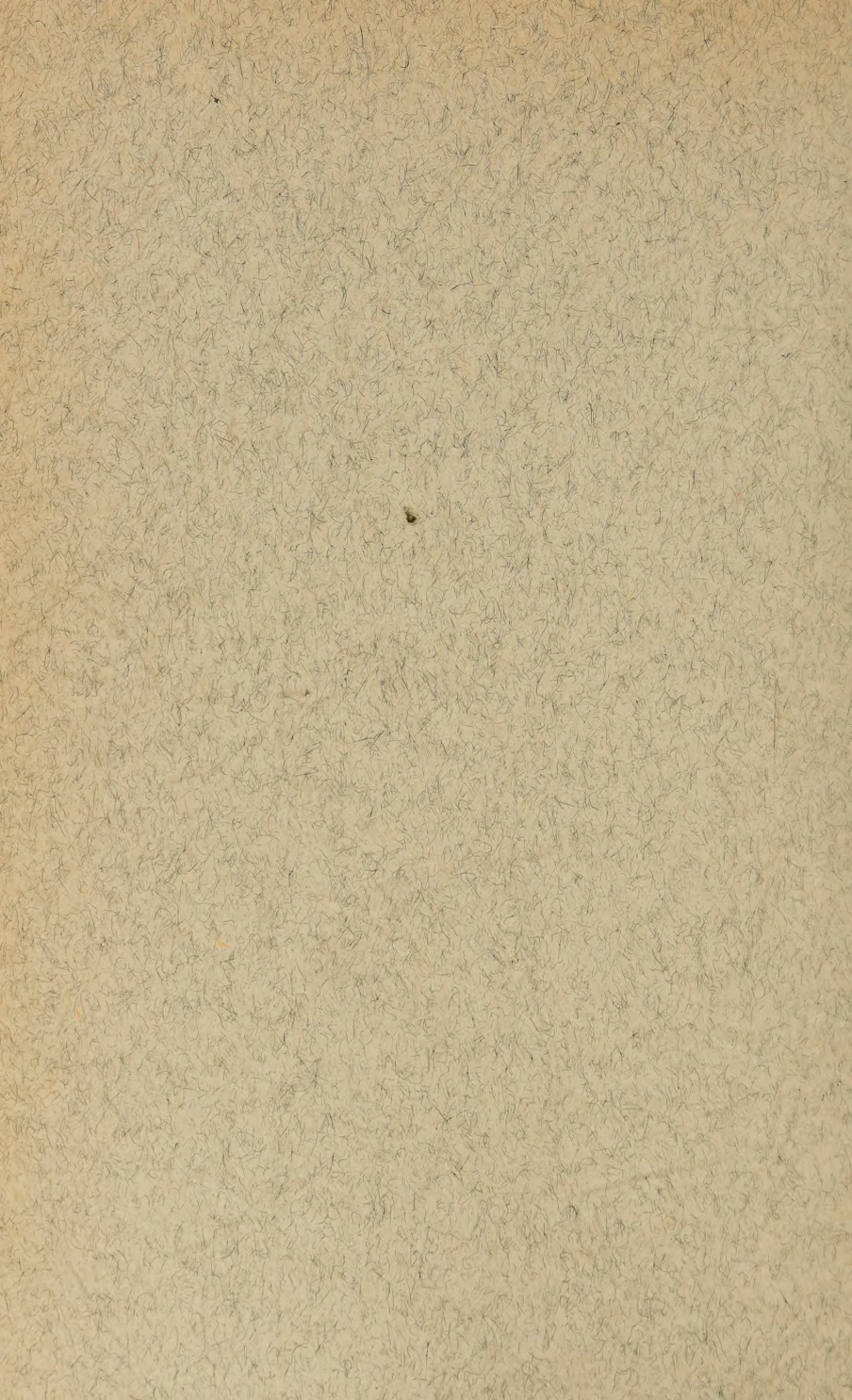


Hans-Dieter Meyer

**Die Kreditwirtschaft
im Gesetz gegen
Wettbewerbsbeschränkungen**

*Göttingen
1966*





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544303_0027

Die Kreditwirtschaft im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

DISSERTATION

zur Erlangung des Doktorgrades der Juristischen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Referendar Hans-Dieter Meyer aus Hannover

Göttingen, im April 1966



Berichterstatter: Professor Dr. Rinck

Mitberichterstatter: Professor Dr. Ebel

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Juli 1966

*Meiner lieben Mutter
in Dankbarkeit gewidmet*

INHALTSVERZEICHNIS

1. Die Grundlagen der Sonderregelung	1
1. 1 Besondere Merkmale des Bankgeschäfts	2
1. 2 Eigenarten der Geschäftsbeziehung	3
1. 3 Hoheitliche Einflußnahme auf den Bankenmarkt	4
2. Umfang der Freistellung durch § 102 Abs. 1 S. 1 GWB	5
2. 1 Die Begünstigten der Freistellung	6
2. 11 Kreditinstitute	6
2. 12 Kreditinstitute mit bankfremden Geschäften	9
2. 13 Kreditinstitute mit verbotenen Geschäften oder ohne Erlaubnis	12
2. 14 Unternehmungen des § 2 KWG	12
2. 15 Vereinigungen von Kreditunternehmen	15
2. 2 Der begünstigte Geschäftsbereich dieser Unternehmen	15
2. 21 Aufsichtsbefugnisse nach dem Kreditwesengesetz 1939	16
2. 22 Aufsichtsbefugnisse nach dem Kreditwesengesetz 1961	16
2. 221 Genehmigungstatbestände	16
2. 222 Überwachungstatbestände	17
2. 223 Tatbestände der Sonderaufsicht	30
3. Die Meldung als formelle Voraussetzung der Freistellung	32
4. Die Freistellung von § 1 GWB	39
4. 1 Allgemeine Bedeutung	39
4. 2 Die kartellartigen Bindungen der Konditionen	41
4. 21 Die Zinsabkommen	41
4. 22 Die Zinsverordnung	44
4. 3 Die gemeldeten Kartellverträge und -beschlüsse	49
5. Die Freistellung von § 15 GWB	50

6. Die Anwendbarkeit der übrigen Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen	51
6. 1 Die Anwendbarkeit der Vorschriften des 1. Abschnitts des Ersten Teils	52
6. 2 Die Anwendbarkeit der übrigen Vorschriften des Ersten Teils	53
6. 3 Die Zulässigkeit von Wettbewerbsregeln im Kreditgewerbe	54
6. 4 Die Anwendbarkeit der Vorschriften des Zweiten Teils	58
6. 5 Wettbewerbsbeschränkende Empfehlungen in der Kreditwirtschaft	59
6. 51 Die Bedeutung der Empfehlung in der Kreditwirtschaft	59
6. 52 Das Wesen des Empfehlungstatbestandes	61
6. 53 Zulässigkeit von Empfehlungen in der Kreditwirtschaft	66
6. 531 Verbot von Empfehlungen auch in der Kreditwirtschaft	68
6. 532 Verneinung des öffentlichen Interesses an der Verfolgung	70
6. 533 Zulässigkeit der Empfehlungen in der Kreditwirtschaft	71
6. 534 Voraussetzungen der Zulässigkeit	80
7. Das Bankgeheimnis und die kartellrechtlichen Auskunftspflichten	84
7. 1 Begriff, Grundlage und Grenzen des Bankgeheimnisses	84
7. 2 Verhältnis von Bankgeheimnis und Auskunftspflichten im Verwaltungsverfahren	89
7. 3 Verhältnis von Bankgeheimnis und Auskunftspflichten im Bußgeldverfahren	91
8. Das Einvernehmen zwischen Kartellbehörde und Bankenaufsicht	93
9. Die Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde gemäß § 102 Abs. 2 GWB	95
9. 1 Der Mißbrauchsbegriff im Sinne des § 102 Abs. 2 GWB	95
9. 11 Mißbrauch bei Verträgen und Beschlüssen	95
9. 12 Mißbrauch bei Empfehlungen	101
9. 2 Die Aufsichtsbefugnisse der Kartellbehörde gemäß § 102 Abs. 2 GWB	103

LITERATURVERZEICHNIS

- Arnold:* Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkungen und Mißbrauchsaufsicht im Kreditwesen, WuW 1960, 469 ff
- Barlet/Karding/
Fleischmann:* Hypothekendarlehen — Kommentar —, 2. Aufl., München und Berlin 1964
- Baumbach/Duden:* Handelsgesetzbuch, 16. Aufl., München und Berlin 1964
- Baumbach/
Hefermehl:* Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl., München und Berlin 1960
- Becher:* Die wirtschaftliche Preisbindung, BB 1958, 430 f
- Benckendorff:* Was ist unter „Beeinflussung der Marktverhältnisse“ in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu verstehen? WRP 1962, 148 ff
- Benisch:* Die unverbindliche Abstimmung unter dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Betrieb 1957, 789 ff
Zur Rechtslage der vertikalen Preisempfehlung, WuW 1959, 3 ff
Zur Mißbrauchsprüfung bei der Anmeldung von Rabattkartellen, NJW 1964, 907 f
- Bergmann:* Rechtswirksamkeit von Ansparverträgen, NJW 1953, 450 f
- Büntig:* Die Übergangsregelung für wettbewerbsbeschränkende Verträge aus der Zeit vor dem 1. 1. 1958, BB 1958, 506 f
Zur Meldepflicht für Kartellverträge der Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen und Bausparkassen, BB 1958, 1184
Zur Auslegung des Empfehlungsverbots durch den Bundesgerichtshof, BB 1960, 384 f
- Buschmann:* Die Vereinbarungen und Zusammenschlüsse im Kreditwesen, Berlin 1963
- Consbruch:* Der Zeitpunkt des Wirksamwerdens behördlicher Habenzinsbestimmungen im Kreditgewerbe, BB 1959, 399
Neue Zinsregelung für die Kreditinstitute, BB 1965, 269
- Consbruch/Möller:* Kreditwesen-Gesetz, Textsammlung 4. Aufl., München und Berlin 1962
KWG-Kommentar, München und Berlin 1965
- Dalcke/Fuhrmann/
Schäfer:* Strafrecht und Strafverfahren, 37. Aufl., Berlin 1961
- Dermitzel:* Die „Zinsabkommen“ und ihr Einfluß auf den Wettbewerb unter den Kreditinstituten, WuW 1955, 735 ff
- Dichgans:* Zum Begriff des Mißbrauchs im GWB, WuW 1958, 658 ff
- Dörinkel:* Der Begriff des Mißbrauchs im Sinne der Kartellbestimmungen des GWB, WuW 1959, 81 ff

- Ehle:* Der Empfehlungs- und Umgehungstatbestand in § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB, WuW 1963, 971 ff und 1964, 308 ff
Kausalitätsprobleme im Empfehlungsverbot des § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB, WRP 1964, 41 ff
- Enneccerus/
Nipperdey:* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Hlbbd., 15. Aufl., Tübingen 1960
- Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen, 2. Aufl., Frankfurt/Main 1957
- Erbs/Kohlhaas:* Strafrechtliche Nebengesetze — Loseblattkommentar — Band II, III, München und Berlin
- Fischerhof:* Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Energiewirtschaft, BB 1958, 135 ff
- Flor:* Das Bankgeheimnis, Umfang und Grenzen, Betrieb 1953, 961 ff
- Friedrich:* Um das Bankgeheimnis Sparkasse 1953, 295 ff
- Friedrich:* Der Bundesfinanzhof und das Gesetz, BB 1960, 1177 f
- Fries:* Nichtrechtsfähige Kreditanstalten, Sparkasse 1961, 142 ff, 162 ff
- Gleiss:* Wettbewerbsbeschränkende Empfehlungen in der Kredit- und Versicherungswirtschaft, BB 1958, 431 ff
- Gnam:* Die „unverbindliche“ Preisempfehlung im Dekartellierungsrecht, NJW 1952, 133 Kreditinstitute im Wettbewerb, WuW 1956, 581 ff
- Günther, Eberhard:* Zur Verabschiedung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1957, 721 ff
Der Wettbewerbsbegriff des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, MA 1959, 269 ff
- Günther, Hans:* Können Zinsabkommen wirksam sein? ZfK 1956, 306 ff
- Hammer:* Die Wettbewerbsregelung im Rahmen der Zins- und Wettbewerbsabkommen des Kreditgewerbes, NJW 1956, 326 ff
Kreditwirtschaftliches Wettbewerbsrecht, ZfK 1956, 434 ff
- Hengstenberg:* Verstoßen Bruttopreislisten gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1958, 439 ff
- Höferrmann:* Reform oder Abschaffung des Habenzinsabkommens, ZfK 1956, 393 f
- Holmann:* Hypothekendarlehenbankgesetz — Ein Erläuterungsbuch für die Praxis, Berlin und Frankfurt/Main 1964
- Hoth:* Inhalt, Sinn und Zweck des § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB, WRP 1958, 289 ff
Ist § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB verfassungswidrig? WRP 1959, 198 ff
- Huber:* Das Empfehlungsverbot — Eine kartellrechtliche Studie — Stuttgart 1959
- Janberg:* Die Kreditinstitute in der Wirtschaftsordnung, Betrieb 1961, 1249 ff
Kreditwesengesetz und Wettbewerb im Bankwesen, Betrieb 1962, 158 ff
- Kalkstein:* Die neue Konditionenregelung für das Kreditwesen, Sparkasse 1965, 185 ff
- Kamberg:* Rationalisierung und Kartellrecht, WuW 1953, 284 ff, 334 ff
- Kaufmann u. a.:* Frankfurter Kommentar, Kommentar zum GWB, Köln seit 1958, Loseblattkommentar
- v. Katzler:* „Empfehlungen“ im Kartellrecht, WuW 1952, 343
- Kleinknecht/Müller:* Kommentar zur Strafprozeßordnung, 5. Aufl., Darmstadt 1963

- Koch:** Die kartellrechtliche Zulässigkeit von Empfehlungen im Kreditgewerbe, Sparkasse 1958, 223 ff
- v. Köhler:** Der verkannte § 81 GWB und das Problem einer Teilrezeption, NJW 1962, 1942 ff
- Könneker:** Die Bankkonditionen zwischen Freiheit und Bindung, ZfK 1965, 169 f
- Kuhlmann:** Preisempfehlungen gegenüber Großbetrieben und großbetrieblichen Unternehmensformen, WRP 1959, 195 ff
- Langen:** Empfehlung und wirtschaftliche Bindung, NJW 1959, 462 ff
Kommentar zum Kartellgesetz, Darmstadt, 3. Aufl. 1958, 4. Aufl. 1965
- Lieberknecht:** Darf ein Zusammenschluß von Verbänden Geschäftsbedingungen empfehlen? MA 1958 231 ff
- Linhardt:** Kreditinstitute im Wettbewerb, WuW 1957, 3 ff
- Löffler/Gläser:** Erstreckt sich das „Kartellprivileg“ der Markenfirmen und Verlagsunternehmen auch auf Preisempfehlungen Betrieb 1958, 535 ff
Preisbindungen und Preisempfehlungen im Verlagsgewerbe unter Berücksichtigung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 8. 10. 1958, Betrieb 1959, 279 ff
- Loos:** Empfehlungen von Wiederverkaufspreisen unter dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1958, 176 ff
- Lutz:** Dürfen Wiederverkaufspreise durch ein Einzelunternehmen empfohlen werden? NJW 1958, 128 ff
- Mayer/Wegelin:** Die Empfehlung im Sinne des § 38 Abs. 2 GWB, Betrieb 1958, 187 ff
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Der Wirtschaftskommentar, Frankfurt/Main 1962
- Meyer/Cording:** Wettbewerbsbeschränkungen durch Empfehlungen, NJW 1953, 565 ff
- Müller, Rudolf:** Die Grenzen des Bankgeheimnisses, NJW 1963, 833 ff
- Müller-Armack, Alfred:** Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft, 2. Aufl., Hamburg 1948
- Müller/Gries:** Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Frankfurt/Main 1958
- Müller-Henneberg** Zum Mißbrauchsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1959, 139 ff
- Müller-Henneberg/Schwartz:** Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht — Gemeinschaftskommentar — Köln, Berlin, Bonn, München, 1. Aufl. 1958, 2. Aufl. 1963
- Müller/Löffelholz:** Banklexikon, 5. Aufl., Wiesbaden 1963
- Nebelung:** Drei Fragen zum Thema Bankgeheimnis, BB 1953, 781 f
- Neumann:** Kreditinstitute, insbesondere Bausparkassen und Versicherungsunternehmen im Kartellgesetz, Bonn 1960
- Ottel:** Geregelter Wettbewerb um Geldeinlagen, WuW 1958, 90 ff
- Paul:** Preisempfehlung und wirtschaftliche Preisbindung, Betrieb 1958, 1319 ff
- Pfundtner/Neubert:** Neues deutsches Reichsrecht, Band III d 17: Gesetz über das Kreditwesen
- Pinder:** Dürfen Wiederverkaufspreise durch ein Einzelunternehmen empfohlen werden? — Eine Erwiderung, NJW 1958, 579 ff
- Pröhl:** Reichsgesetz über das Kreditwesen, 2. Aufl., Berlin 1939

- Prölss:* Bundesaufsichtsgesetz, München und Berlin 1953
Versicherungsaufsichtsgesetz, 4. Aufl., München und Berlin 1963
Empfehlungen für den Wettbewerb in der Versicherungswirtschaft und ihre Behandlung im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), VW 1958, 157 f
- Prost:* Staatliche Einflußnahme auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, BB 1955, 1033 ff
- Raiser, Rolf:* Die Freistellung der Versicherungswirtschaft vom Kartellverbot, in: Festgabe für Erich R. Prölss, S. 203 ff
- Rasch:* Die Banken im Kartellgesetz, ZfK 1955, 174 ff
Die Banken im Kartellgesetz, ZfK 1957, 799 f
Wettbewerbsbeschränkungen — Kartell- und Monopolrecht —, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Aufl., Herne 1958
- Rauschenbach:* Wirtschaftsrecht, Stuttgart und Düsseldorf 1965
- Rehbinder:* Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Absprachen und Empfehlungen über Geschäftszeiten und Betriebsferien, BB 1964, 895 ff
- Reichardt:* Das Gesetz über das Kreditwesen vom 25. September 1939, Berlin 1942
Reichsgerichtsratekommentar zum Handelsgesetzbuch, 1. Band, 2. Aufl., Berlin 1953
- Reimann:* Können Empfehlungen kartellgleicher Wirkung auf dem Wege der Anmeldung bei der Kartellbehörde vom gesetzlichen Verbot freigestellt werden? BB 1958, 178 ff
Anmeldung von Kartellen, BB 1958, 218 f
Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörden gegenüber den Befolgern freigestellter Empfehlungen im Ausnahmebereich, BB 1961, 1185 f
- Reischauer/
Kleinhans:* Kreditwesengesetz (KWG) — Loseblattkommentar — Berlin 1963
- Rinck:* Wirtschaftsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1963
- Röh:* Die Stellung der Bankenaufsicht in der Wirtschaftsordnung des Grundgesetzes, Jur. Diss. Hamburg 1965
- Roidl:* Zur Anmeldung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen in der Kredit- und Versicherungswirtschaft, BB 1959, 361 ff
- Rotberg:* Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1964
- Salzmann/Eibl:* Bankrecht — Loseblattsammlung — München
- Scheer:* Nochmals: Die Grenzen des Bankgeheimnisses, NJW 1963, 2062
- Schlegelberger:* Handelsgesetzbuch, 1. Band, 4. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1964
- Schmidt, Dirk:* Der Unternehmensbegriff in § 1 Kreditwesengesetz, NJW 1959, 1070 f
Die Rechtsgrundlage der Konditionenregelung, ZfK 1961, 74 ff
- Schmidt, Reimer:* Zur rechtlichen Lage der Versicherungswirtschaft nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen — Versicherungsstudien — Berlin 1960
- Schork:* Die Auswirkungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf das Kreditgewerbe, Sparkasse 1957, 267 ff, 286 ff
Banken und Versicherungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1958, 429 ff
Wettbewerbsbeschränkende Empfehlungen im Kreditgewerbe, Sparkasse 1959, 62 ff, 80 ff
Gesetz über das Kreditwesen, Stuttgart 1961

- Schreihage:* Rechtsprobleme der staatlichen Konditionen- und Wettbewerbsregelung für Kreditinstitute, Sparkasse 1960, 263 ff
Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung im Kreditgewerbe, ZfK 1960, 15 ff
Das neue Kreditwesengesetz, Sparkasse 1961, 243 ff
Das neue Gesetz über das Kreditwesen, ZfK 1961, 663 ff
- Schütz:* Die Rechtsnatur von Bank- und Sparkassenguthaben, JZ 1964, 91 ff
- Schwarz:* Meinungsstreit um die Empfehlung von Wiederverkaufspreisen, MA 1958, 505 ff
- Schwarz:* Strafprozeßordnung, 24. Aufl., München und Berlin 1963
- Seydel:* Empfehlungen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WRP 1957, 254 ff
- Sichtermann:* Das Bankgeheimnis im Kartellrecht, ZfK 1957, 888 ff
Bankgeheimnis und Bankauskunft, Frankfurt/Main 1957
Das Bankgeheimnis, 3. Aufl., Stuttgart 1958
Das Bankgeheimnis in Deutschland, Frankfurt/Main 1965
- Siebert:* Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung 1934
- Sölter:* Mißbrauchs- und Verbotsprinzip in der praktischen Anwendung, WuW 1955, 230 ff
- Soergel/Siebert:* Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Band, 9. Aufl., Stuttgart 1959
- Spindler/
Becker/Starke:* Die Deutsche Bundesbank, 2. Aufl., Stuttgart 1960
- Spormann:* Die Anmeldefähigkeit von horizontalen Empfehlungen, WuW 1962, 393 ff
- Sprengel:* Zustimmung und kritische Äußerungen zum neuen Kreditwesengesetz, Betrieb 1962, 55 ff
- v. Stackelberg:* Grundlagen der Theoretischen Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl., Tübingen und Zürich 1951
- Stark:* Die kartellrechtliche Beurteilung von Verbandsempfehlungen, insbesondere im Kredit- und Versicherungsgewerbe, BB 1961, 885 ff
- Stein/Jonas/Schönke:* ZPO, 18. Aufl., Tübingen
- Steindorf:* Direktverkauf und Preisempfehlung, JZ 1959, 197 ff
- Steinrücke/Scholz:* Das Konsortialgeschäft der deutschen Banken, Berlin 1956
- Stoecker:* Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, München und Berlin 1952
- Strickrodt:* Die Tragweite des generellen Kartellverbots, Betrieb 1958, 15 ff
- Szgunn/Neumann:* Gesetz über das Kreditwesen — Kommentar — Stuttgart 1961
- Teichmann:* Die „Gesetzesumgehung“ als Tatbestandsmerkmal des § 38 Abs. 2 S. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WRP 1966, 91 ff
- Vassel:* Die Bedeutung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für die Versicherungswirtschaft, VersR 1958, 73 ff
Sollte die Versicherungswirtschaft „Empfehlungen“ nach § 101, § 106 GWB melden? VersR 1958, 432 ff
- Völz:* Kartellrechtliche Konsequenzen aus dem BGH-Urteil über Preisempfehlungen, WRP 1958, 326 ff
Der Kartellsenat des BGH und seine zweite Entscheidung zum Empfehlungsverbot, WRP 1960, 115 ff
- Vogel:* Kartellrecht und Handelspolicy, JZ 1958, 111 ff

- Weber, W.:* Die Rechtssetzungsbefugnisse des Reichs- und Bundesaufsichtsamts in der Versicherungswirtschaft, in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht, Berlin 1952, S. 49 ff
- Wieczorek:* Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Band II, Teil 2, Berlin 1957
- Würdinger:* Kartellrechtliche Beurteilung von Empfehlungen in der Versicherungswirtschaft, WuW 1958, 503 ff
- Zimmerer:* Der Markt für Bankleistungen, WuW 1957, 350 ff
- Zimmerer/Schönle:* Kreditwesengesetz, Systematische Einführung und Kommentar, Wiesbaden 1962

ABKURZUNGSVERZEICHNIS

BAA	Bundesaufsichtsamt für das Versicherungs- und Bausparwesen
BAG	Gesetz über die Errichtung eines Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen vom 31. 7. 1954
BAnz.	Bundesanzeiger
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag
Baumbach/Hefermehl, GWB	Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Aufl. 1960, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
BB	Betriebsberater, Zeitschrift
Betrieb	Betrieb, Zeitschrift
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BJA	Bundeskartellamt
BlfGenW	Blätter für Genossenschaftswesen, Zeitschrift
Bt.-Drucks. II/ . . .	Bundestagsdrucksache 2. Wahlperiode Nr.
Consbruch/Möller KWG	Consbruch-Möller, KWG-Kommentar, 1965
Consbruch/Möller KWG-Texte	Consbruch-Möller, Kreditwesen-Gesetz, Textsammlung 4. Aufl. 1962
DVBt.	Deutsches Verwaltungsblatt, Zeitschrift
DVO	Durchführungsverordnung
Erbs/Kohlhaas KWG	Erbs-Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Gesetz über das Kreditwesen, Loseblattkommentar
Erbs/Kohlhaas OWiG	Erbs-Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Gesetz über Ord- nungswidrigkeiten, Loseblattkommentar
ERP	European Recovery Program
Frankfurter Kommentar	Kommentar zum GWB von H. Kaufmann, H.-G. Rautmann u. a. seit 1958
GemK.	Müller-Henneberg/Schwartz, Gemeinschaftskommentar, 2. Aufl. 1963
GewO	Gewerbeordnung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschrift
GüKG	Güterkraftverkehrsgesetz vom 17. 10. 1952
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. 7. 1957
HypBG	Hypothekendarlehenbankgesetz vom 13. 7. 1899
JZ	Juristenzeitung
JW	Juristische Wochenschrift
Kartellgesetz	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. 7. 1957
KWG	Gesetz über das Kreditwesen vom 10. 7. 1961
KWG 34	Reichsgesetz über das Kreditwesen vom 5. 12. 1934
KWG 39	Gesetz über das Kreditwesen vom 25. 9. 1939
MA	Der Markenartikel, Zeitschrift

<i>NdsGVobl.</i>	Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt
<i>NdsMbl.</i>	Niedersächsisches Ministerialblatt
<i>NJW</i>	Neue Juristische Wochenzeitschrift
<i>OWiG</i>	Gesetz über Ordnungsschwierigkeiten vom 25. 3. 1952
<i>Pfundtner/Neubert</i>	Pfundtner-Neubert, Neues deutsches Reichsrecht Bd. III d 17, Gesetz über das Kreditwesen
<i>Prölss BAG</i>	Prölss, Bundesaufsichtsgesetz 1953
<i>Prölss VAG</i>	Prölss, Versicherungsaufsichtsgesetz 4. Aufl. 1963
<i>RAnz.</i>	Reichsanzeiger
<i>Reichardt KWG</i>	Reichardt, Das Gesetz über das Kreditwesen vom 25. September 1939, 1942
<i>Reischauer/Kleinhaus KWG</i>	Reischauer-Kleinhaus, Kreditwesengesetz (KWG)-Loseblattkommentar 1963
<i>RGBl.</i>	Reichsgesetzblatt
<i>RGRK z. HGB</i>	Reichsgerichtsrätekomentar zum Handelsgesetzbuch
<i>Rotberg, OWiG</i>	Rotberg, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl. 1964
<i>SchiffsBG</i>	Schiffsbankgesetz vom 8. 4. 1943
<i>Schork KWG</i>	Schork, Gesetz über das Kreditwesen 1961
<i>Schwarz StPO</i>	Schwarz, Strafprozeßordnung
<i>Seuff. Arch.</i>	Seufferts Archiv, Zeitschrift
<i>Sparkasse</i>	Sparkasse, Zeitschrift
<i>Stein/Jonas/Schönke ZPO</i>	Stein - Jonas - Schönke, ZPO 18. Aufl.
<i>Stoecker, OWiG</i>	Stoecker, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten 1952
<i>Szagunn/Neumann KWG</i>	Szagunn-Neumann, Gesetz über das Kreditwesen — Kommentar — 1961
<i>Tätigkeitsbericht 1958</i>	Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1958 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet
<i>VAG</i>	Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bausparkassen vom 6. 6. 1931
<i>VersR</i>	Versicherungsrecht, Zeitschrift
<i>VO</i>	Verordnung
<i>VW</i>	Versicherungswirtschaft, Zeitschrift
<i>Wieczorek, ZPO</i>	Wieczorek, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze Bd. II Teil 2 1957
<i>WRP</i>	Wettbewerb in Recht und Praxis, Zeitschrift
<i>WuW</i>	Wirtschaft und Wettbewerb, Zeitschrift
<i>WuW/E</i>	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
<i>ZfK</i>	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
<i>ZVO</i>	Verordnung über die Bedingungen, zu denen Kreditinstitute Kredite gewähren und Einlagen entgegennehmen dürfen (Zinsverordnung) vom 5. 2. 1965

1. Die Grundlagen der Sonderregelung

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957¹⁾ folgt dem wirtschaftspolitischen Leitbild der Marktwirtschaft und zwar im Rahmen der „sozialen Marktwirtschaft“²⁾. Die Marktwirtschaft hat den Wettbewerb als Ordnungsprinzip zum Inhalt. Schutzobjekt des Gesetzes ist nach herrschender Meinung daher die Freiheit des Wettbewerbs als Institution der sozialen Marktwirtschaft und die Freiheit des unternehmerischen Entschlusses³⁾. Das Ziel dieses Wettbewerbs ist darin zu sehen, jedem Marktteilnehmer, insbesondere dem Verbraucher eine optimale Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen zu gewährleisten. Das Mittel zur Erreichung dieses Zieles ist der Leistungswettbewerb zwischen Marktteilnehmern, der darin besteht, den Konkurrenten durch bessere Qualität der Marktleistungen und günstigere Bedingungen der Angebote Geschäfte, Kunden und Marktchancen abzugewinnen, um so bei erhöhter Produktion für sich selbst einen größeren Marktanteil zu erringen und damit höhere Gewinne zu erzielen. Dabei wird die Vernichtung einzelner Unternehmen als Folge dieses Wettbewerbs bewußt in Kauf genommen. In diesen Auswirkungen zeigt sich sogar eine wesentliche Funktion des Wettbewerbs, eine Selbstreinigung zugunsten leistungsstarker Marktteilnehmer.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nimmt aber auch aus sozialen Erwägungen auf bestimmte Unternehmensgruppen, in gewissen Notlagen auf die Gesamtwirtschaft und einzelne Wirtschaftszweige Rücksicht. So ist den Verbänden des Mittelstandes in § 38 Abs. 2 S. 3 GWB gestattet, bestimmte Preise oder Arten der Preisfestsetzung zu empfehlen, „wenn dadurch wettbewerbsfördernde Bedingungen gegenüber Großbetrieben oder großbetrieblichen Unternehmensformen geschaffen werden sollen“. Diese Privilegierung dient dem Schutz der Klein- und Mittelbetriebe gegenüber Großbetrieben. Durch die Mittelstandsempfehlung erhalten die organisierten mittelständischen Unternehmen ein Instrument, das ihre Stellung auf dem Markt im Kampf um den Kunden stärkt und damit häufig überhaupt ihren Bestand sichert. Der Bundeswirtschaftsminister kann außerdem nach § 8 Abs. 1 GWB ein Kartell genehmigen, wenn ausnahmsweise die Absprache „aus überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls notwendig ist“. Er kann schließlich nach § 8 Abs. 2 GWB dann ein Kartell zulassen, wenn „für den Bestand des überwiegenden Teils der Unternehmen eines Wirtschaftszweiges“ eine unmittelbare Gefahr besteht, sofern andere gesetzliche oder wirtschaftspolitische Maßnahmen nicht mehr getroffen werden können. Der Tendenz nach werden auch in diesen Fällen soziale Ziele verfolgt. Denn es soll durch eine Beschränkung des Wettbewerbs in Krisensituationen konjunktureller

1) BGBl. I 1081 in der Fassung vom 15. September 1965 BGBl. I 1363

2) Begriff von Müller-Armack, Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft 2. Aufl. 1948 S. 88

3) Günther, Eberhard BB 1957, 721; Koch Sparkasse 1958, 224; Rinck, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 625. Zum Meinungsstreit über den Schutzzweck des GWB Müller-Henneberg in GemK, Einführung IV mit weiteren Nachweisen

und struktureller Art sozial schädlichen Auswirkungen, wie einer drohenden großen Arbeitslosigkeit, begegnet werden.

Jeder einzelne Wirtschaftsbereich einer Volkswirtschaft kann nur dann dem Ordnungsprinzip der Marktwirtschaft unterstellt werden, wenn seine spezifischen Marktleistungen ihrer Natur nach gleichfalls dem marktwirtschaftlichen Gesetz unterliegen. Die Kreditwirtschaft nimmt zwar ihrer Funktion als Bindeglied aller übrigen Wirtschaftsbereiche und der Natur ihrer Leistungen nach eine gewisse Sonderstellung in der Verkehrswirtschaft ein. Dennoch gelten die Grundsätze des Gesetzes der erwerbswirtschaftlichen Marktreaktion auch uneingeschränkt für die Kreditwirtschaft⁴⁾.

So kann ein Kreditinstitut im Bereich der Passivgeschäfte⁵⁾ seinen Einlagenbestand dadurch erhöhen, daß es die Einleger durch einen höheren Zins zur Einlage ihrer Gelder veranlaßt. Eine Senkung der Sollzinsen vergrößert die Nachfrage nach Kredit und führt zur Ausweitung des Aktivgeschäfts⁶⁾. Ebenso bewirkt eine Senkung der Provisionen und Gebühren eine Ausdehnung des Dienstleistungsgeschäfts⁷⁾. Änderungen der Zins-, Provisions- und Gebührensätze wirken also nicht anders als Preisänderungen auf den Märkten der übrigen Wirtschaftssektoren⁸⁾. Günstigere Konditionen führen zu einer Geschäftsausweitung auf Kosten der Mitkonkurrenten und verschaffen den Kunden eine kosten- oder ertragsgünstigere Versorgung mit Bankleistungen.

1.1 Besondere Merkmale des Bankgeschäfts

Diese theoretischen Gesetzmäßigkeiten gelten in der kreditwirtschaftlichen Praxis allerdings nur begrenzt⁹⁾, weil der Geschäftsumfang teilweise von bestimmten anderen kapazitätsbestimmenden Merkmalen abhängt. Sichteinlagen dienen den Kunden nicht als Geldanlage, sondern ausschließlich der Abwicklung des Zahlungsverkehrs. Da sie wegen ihrer kurzfristigen Verfügbarkeit, von einem gewissen Bodensatz abgesehen, nicht zur Anlage in Krediten geeignet sind, werden sie notwendig geringer verzinst als alle anderen Einlagen. Deshalb halten die Bankkunden auch nur soviel Sichteinlagen, wie es der Umfang ihres Zahlungsverkehrs erfordert. Ein höherer Zins

⁴⁾ v. Stackelberg, Grundlagen der Theoretischen Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl. 1951 S. 97; Günther, Hans ZfK 1956, 306

⁵⁾ Als „Passivgeschäfte“ werden alle Geschäfte bezeichnet, die der Geld- und Fremdkapitalbeschaffung dienen. Es sind folgende Geschäfte: Depositengeschäft (Sicht- und Termineinlagen), Spareinlagengeschäft, Aufnahme von Geld (Nostroverpflichtungen, aufgenommene langfristige Darlehen, durchlaufende Kredite, eigene Akzepte und Solawechsel), Ausgabe langfristiger Schuldverschreibungen

⁶⁾ Als „Aktivgeschäft“ bezeichnet man das Kreditgeschäft

⁷⁾ „Dienstleistungsgeschäfte“ der Kreditinstitute sind das Zahlungsverkehrs-, Effektenhandels-, Emissions-, Depot-, Devisen- und Sortengeschäft

⁸⁾ v. Stackelberg, Grundlagen der Theoretischen Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl. 1951 S. 97

⁹⁾ im Ergebnis ebenso Schreihage ZfK 1960, 15

würde daher den Sichteinlagenbestand nur unwesentlich vergrößern, jedenfalls solange der Zinssatz nicht die Höhe der Habenzinsen anderer Einlagenarten erreicht. Spareinlagen sind erfahrungsgemäß erst von einem gewissen Betrag ab und bei Sparern mit wirtschaftlichem Weitblick zinsreagibel. Nur bei Termin- und Kündigungseinlagen, die vorwiegend von Kapitalsammelstellen und anderen Unternehmen unterhalten werden, ist der Zins Bestimmungsfaktor für die Einlagenhöhe.

Die Kreditinstitute stehen bei allen Einlageformen außer den Sichteinlagen in Konkurrenz zu bankfremden Unternehmungen. So teilen sich die dem Sparzweck allgemein dienenden Gelder auf Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen und Bausparkassen auf. Dabei treten neben den Sparzweck noch weitere motivierende Momente, wie beispielsweise besondere Steuervergünstigungen. Außerdem konkurrieren die Einlagen mit anderen Anlageformen, wie dem Erwerb von Wertpapieren oder mit Direktinvestitionen in Warenlagern, Kreditgewährung von Unternehmung zu Unternehmung und ähnlichem¹⁰⁾.

Auf der Kreditseite reguliert der Zins die Kreditnachfrage deshalb unvollkommen, weil bei Umsatz- und Investitionskrediten die Kreditkosten nur einen Bruchteil der Gesamtkosten ausmachen — mit Ausnahme weniger Geschäftsbranchen, wie im Handel, insbesondere im Großhandel — und daher der Entschluß zur Kreditaufnahme von anderen Faktoren bestimmt wird. Entscheidend ist oft die aussichtsreiche wirtschaftliche Entwicklung der betreffenden Branche.

1.2 Eigenarten der Geschäftsbeziehung

Der Markt für Bankleistungen als solcher ist gekennzeichnet durch besondere persönliche, sachliche, örtliche und zeitliche Präferenzen, die zu einer unvollkommenen Transparenz des von einem einzelnen Kreditinstitut beeinflussbaren Marktteils führen¹¹⁾. Es hat sich insbesondere durch die fachliche Beratung der Kundschaft ein enges persönliches Verhältnis zwischen Kreditinstitut und dem einzelnen Kunden herausgebildet, das von diesem regelmäßig nur ungern aufgegeben wird. Der Bankkunde ist nur ausnahmsweise bereit, seine Geschäftsbeziehung mit dem örtlichen Kreditinstitut zugunsten einer Verbindung mit einem Institut an fremdem Ort zu lösen, selbst wenn ihm bessere Konditionen geboten werden, zumal die finanziellen Vorteile der neuen Beziehung häufig durch einen größeren Zeitaufwand egalisiert oder aber verringert werden. Nur bei erheblich günstigeren Bedingungen ist der Kunde gewöhnlich bereit, der theoretischen Gesetzmäßigkeit folgend eine neue Bankverbindung einzugehen. Es besteht mithin im Kreditgewerbe ein größerer „reaktionsfreier Bereich“¹²⁾ als bei der Mehrzahl der übrigen Wirtschaftsgruppen.

¹⁰⁾ Höfermann ZfK 1956, 393

¹¹⁾ Günther, Hans ZfK 1956, 306

¹²⁾ Günther, Hans ZfK 1956, 306

1.3 Hoheitliche Einflußnahme auf den Bankenmarkt

Der Leistungswettbewerb als Ordnungsprinzip eines Marktes setzt neben seiner wirtschaftstheoretischen und praktischen Durchführbarkeit die Freiheit des unternehmerischen Entschlusses voraus. Die Entfaltung unternehmerischer Fähigkeiten kann einerseits durch andere Marktteilnehmer beschränkt sein. Hiergegen wendet sich das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Andererseits kann der Raum für die gestaltende Initiative des Unternehmers auch durch Maßnahmen der öffentlichen Hand eingeengt sein. Dies ist in der Kreditwirtschaft in außerordentlichem Maße der Fall.

Diese Begrenzung der unternehmerischen Gestaltungsmöglichkeiten ist einmal durch das System der Marktwirtschaft selbst begründet. Die Marktwirtschaft ist nicht als die sich selbst überlassene freie Wirtschaft zu verstehen, sondern als eine durch bewußte Ordnung des Wettbewerbs und durch marktkonforme Mittel gesteuerte Wirtschaft¹³⁾. Zu diesen marktkonformen Steuerungsmitteln gehören insbesondere die Faktoren Geld und Kredit. Entsprechend ihrer Funktion in der Volkswirtschaft bilden die Kreditinstitute den Ansatzpunkt für die staatliche Geld- und Kreditpolitik. Das Geld- und Kreditvolumen unterliegt der Intervention durch die Bundesbank. Damit werden auch Art und Umfang der Geschäftstätigkeit der Kreditinstitute beeinflusst.

Zum anderen beruht die Beschränkung der unternehmerischen Initiative auf dem funktionellen Zusammenhang von Kreditpolitik und Währungspolitik. Das Geldvolumen ist trotz mancher wirtschaftstheoretischer Bedenken der modernen Geldwerttheorien ein wesentlicher währungspolitischer Faktor¹⁴⁾. Es setzt sich zusammen aus der Summe des umlaufenden Notenbankgeldes und des Buchgeldes, das wiederum weitgehend von dem Umfang kurzfristiger Bankkredite abhängt. Der Bankkredit dient auch zugleich der Finanzierung von Investitionen, Produktion und Warenumsätzen aller Wirtschaftsbereiche. Der Kredit beeinflusst also sowohl das Geldvolumen als auch die Menge der Güter und Dienstleistungen und damit zugleich die Kaufkraft des Geldes. Eine gesunde Währungspolitik kann nicht anstreben, daß Kreditinstitute möglichst viel Kredit zu möglichst niedrigen Zinsen gewähren. Volkswirtschaftlich gesehen gebührt der Stabilität der Währung der Vorrang gegenüber dem Prinzip der Wettbewerbsfreiheit. Die öffentliche Hand reguliert daher auch aus diesem Grunde das Kreditvolumen. Sie bedient sich dabei der kapitalmarktpolitischen Mittel der Bundesbank und der Festsetzung der Zins- und Provisionssätze durch staatliche Anordnungen.

Weiter wird eine Begrenzung durch eine umfassende Fachaufsicht der öffentlichen Hand herbeigeführt. Sie reguliert bereits den Zugang zum Markt durch das Erfordernis einer Erlaubnis. Daneben erstreckt sich die Aufsicht auf die Geschäftstätigkeit der Kreditinstitute, um Zusammenbrüche zu verhindern.

¹³⁾ Begrddg. d. RegE. z. GWB Bt.-Drucks. II/1158 Anl. 1 A III b

¹⁴⁾ Schrethage ZfK 1960, 15; Spindler in Die Deutsche Bundesbank, 2. Aufl. 1960 S. 32

Die Gefahr von Fallissements erhöht sich aber bei freiem Wettbewerb¹⁵⁾, da das erwerbswirtschaftliche Rentabilitätsstreben zu einer maximalen Ausdehnung des Kreditgeschäfts führt, die wiederum mit erhöhten Risiken, einer Gefährdung der Liquidität und währungspolitischen Nachteilen verbunden ist. Zusammenbrüche mindern das Vertrauen der Öffentlichkeit in das Kreditgewerbe. Der Staat hat wegen der großen Bedeutung des Kreditgewerbes für das reibungslose Funktionieren der Wirtschaft Vorsorge dadurch getroffen, daß er die unternehmerische Gestaltungsfreiheit der Kreditinstitute beschränkte.

Hinzu kommen Maßnahmen der staatlichen Kreditlenkung, die sich von der Prüfung und Zuweisung von Krediten im Einzelfall, über die Bereitstellung von Kreditvolumen¹⁶⁾ bis zu Zinssubventionen und Bürgschaften erstrecken. Besondere wettbewerbliche Probleme ergeben sich aus dem Nebeneinander von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Unternehmen, insbesondere wegen besonderer Finanzierungsquellen und spezieller Präferenzen, wie Mündelsicherheit von Spareinlagen und Steuerfreiheit.

Diese Eingriffe der öffentlichen Hand in den Markt für Bankleistungen begrenzen den Gestaltungsraum der unternehmerischen Initiative. Sie beschränken die Freiheit des unternehmerischen Entschlusses und schaffen einen unvollkommenen Markt, auf dem den Grundsätzen der Marktwirtschaft nur noch ein enger Anwendungsbereich bleibt. Der Staat als Träger der aktiven Währungs- und Konjunkturpolitik läßt den Kreditinstituten ein Minimum an Freiheit, der Staat als Träger der übrigen Wirtschaftspolitik fordert ein Maximum an Konkurrenzwirtschaft. Aus diesem Gegensatz heraus ist die Sonderbehandlung der Kreditwirtschaft im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu verstehen.

2. Umfang der Freistellung durch § 102 Abs. 1 S. 1 GWB

Die Sonderbestimmung des § 102 Abs. 1 S. 1 GWB nimmt die Kredit- und die Versicherungswirtschaft von der Anwendbarkeit der §§ 1 und 15 GWB aus. Während der Gesetzgeber in den anderen Ausnahmenvorschriften — §§ 99-101, 103 GWB — die begünstigten Unternehmen und deren jeweils begünstigten Geschäfte ausdrücklich bezeichnet, umschreibt er in § 102 Abs. 1 S. 1 GWB den Umfang der Freistellung mit einer nicht sogleich verständlichen Formulierung, nämlich: „Wettbewerbsbeschränkungen im Zusammenhang mit Tatbeständen, die der Genehmigung und Überwachung nach dem Gesetz über das Kreditwesen ...“ unterliegen. Wenn auch der Umstand, daß Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen und Bausparkassen sowie Vereinigungen solcher Unternehmen wegen dieser Befreiung durch § 102 Abs. 2 GWB einer Mißbrauchsaufsicht unterstellt worden sind, einen gewissen Schluß auf den Kreis

¹⁵⁾ Schreihage ZfK 1960, 15

¹⁶⁾ für Landwirtschaft und Handwerk, zur Mittelstandsförderung und Arbeitsbeschaffung, für Notstandsgebiete, z. B. Grenzlandkredite u. a.

der Begünstigten zuläßt, so bedarf es dennoch im Hinblick auf die große praktische Bedeutung dieser Sonderbehandlung einer klaren Abgrenzung von zulässigen und verbotenen Tatbeständen.

2.1 Die Begünstigten der Freistellung

2.11 Kreditinstitute

Dem am 1. 1. 1962 in Kraft getretenen Kreditwesengesetz unterliegen allein Kreditinstitute. Nach § 1 KWG sind Kreditinstitute solche Unternehmen, die Bankgeschäfte betreiben, deren Umfang einen vollkaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordert.

2.111 Bankgeschäfte

Bankgeschäfte sind nur die in § 1 Abs. 1 Nr. 1-9 KWG genannten Rechtsgeschäfte. Diese Vorschrift zählt aus Gründen der Rechtssicherheit den Kreis der Geschäfte abschließend auf¹⁷⁾. Sie unterscheidet sich damit von der Regelung des bei Erlass des Kartellgesetzes geltenden Kreditwesengesetzes 1939, die nur eine beispielhafte Aufzählung der Bank- und Sparkassengeschäfte gegeben hatte, wie sich aus dem Wort „insbesondere“ in § 1 Abs. 1 S. 2 KWG 39 ergibt. Das Gesetz von 1961 gibt jedoch dem Bundesminister für Wirtschaft das Recht, nach Anhörung der Deutschen Bundesbank weitere Geschäfte „als Bankgeschäfte“ zu bezeichnen, „wenn dies nach der Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung des mit diesem Gesetz verfolgten Aufsichtszweckes gerechtfertigt ist“¹⁸⁾. Erst mit Inkrafttreten der Rechtsverordnung wird ein Unternehmen, das ein in der Verordnung bezeichnetes Geschäft betreibt, zum Kreditinstitut und unterliegt den sich daran knüpfenden Rechtsfolgen. Eine authentische Auslegungsbefugnis der Bankenaufsichtsbehörde, wie sie das Reichsaufsichtsamt nach § 1 Abs. 4 KWG 39 inne hatte, besteht nicht.

2.112 Unternehmen

Die Bankgeschäfte müssen von einem Unternehmen betrieben werden. Der Gesetzgeber hat die Bezeichnung „Unternehmen“ in den verschiedensten Gesetzen verwendet¹⁹⁾, ohne daß sich eine allgemein anerkannte Definition des Rechtsbegriffes „Unternehmen“ im heutigen deutschen Recht bereits herausgebildet hätte²⁰⁾. Der Unternehmensbegriff des § 1 KWG 39 war um-

¹⁷⁾ Consbruch-Möller KWG § 1 Anm. 5; Reischauer-Kleinhans KWG § 1 Anm. 5; Szagunn in Szagunn/Neumann KWG § 1 Anm. 21

¹⁸⁾ § 1 Abs. 1 S. 3 KWG

¹⁹⁾ §§ 2, 3 HGB; 3, 4, 15 ff, 291 ff AktG; 3, 4 GmbHG; 6, 8 GenG; 2 MilchG; 6, 14 GüKG

²⁰⁾ Baumbach-Duden, Handelsgesetzbuch, 16. Aufl. 1964 Einf. I 4 C; Würdinger in RGRK z. HGB 1. Bd. 2. Aufl. 1953 § 22 Anm. 2; Hildebrandt in Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, 1. Bd. 4. Aufl. 1960 § 22 Anm. 2, 3

stritten. Die herrschende Meinung im Schrifttum²¹⁾ leitete aus dem Begriff Unternehmung ab, daß die Bankgeschäfte geschäftsmäßig betrieben werden müßten, also in der Absicht, die Tätigkeit in der gleichen Weise zu wiederholen und sie zu einem dauernden, regelmäßigen Bestandteil der Beschäftigung zu machen²²⁾. Gewerbsmäßigkeit und eine Betriebsorganisation seien nicht erforderlich. Nach dieser Auffassung fielen auch private Geldausleiher unter das Kreditwesengesetz, sofern sie die Kredite nur geschäftsmäßig gewährten. Demgegenüber vertrat das OLG Stuttgart²³⁾ die Auffassung, eine wirtschaftliche Betätigung werde nur dann zum „Unternehmen“, wenn zum Merkmal der Geschäftsmäßigkeit ein gewisser Umfang der Betätigung und ihre organisatorische Selbständigkeit hinzutreten. Auch nach Ansicht des Bundesfinanzhofes²⁴⁾ gehört zum Begriff des Kreditinstituts, daß die Bankgeschäfte im Rahmen eines entsprechenden Unternehmens getätigt werden. Für die Bestimmung des Begriffs Kreditinstitut im Sinne des § 1 KWG kann es dahingestellt bleiben, welcher Auffassung über den Begriff des Unternehmens zuzustimmen ist, da der Gesetzgeber durch das Erfordernis eines Geschäftsbetriebes mit vollkaufmännischem Umfang eine theoretisch eindeutige Abgrenzung der unter das Gesetz fallenden Betriebe geschaffen hat²⁵⁾, und zwar in dem Sinne, daß eine gewisse planmäßige und organisatorisch selbständige Tätigkeit vorliegen muß²⁶⁾.

Der Auffassung von Kohlhaas, die Streitfrage sei für das heutige Recht durch die Ersetzung des Wortes „Unternehmung“ durch „Unternehmen“ klargestellt²⁷⁾, kann nicht zugestimmt werden. In der Rechtswissenschaft wird zwischen beiden Begriffen nicht eindeutig unterschieden. Auch aus den Gesetzesmaterialien ist nicht zu ersehen, daß der Gesetzgeber den Begriff „Unternehmen“ zur Abgrenzung von dem im Kreditwesengesetz 1939 gewählten Terminus „Unternehmung“ in die Vorschrift des § 1 KWG aufgenommen hat.

2. 113 Vollkaufmännischer Betrieb

Als drittes Erfordernis verlangt das Gesetz einen Umfang der Bankgeschäfte, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Minderkaufleute sind also entgegen dem Verlangen des Bundesrates²⁸⁾ niemals Kreditinstitute im Sinne des Kreditwesengesetzes. Private Geldverleiher,

21) Kohler bei Pfundtner-Neubert III d 17 Anm. 1 zu § 1 KWG; Reichardt KWG § 1 Anm. 10; Schmidt NJW 1959, 1070 f; Bescheid des Reichskommissars für das Kreditwesen vom 18. 9. 1935 abgedr. bei Consbruch-Möller KWG-Texte Ziff. 4.02

22) RG Urt. v. 9. 8. 1938 in RGSt 72, 313 (315)

23) OLG Stuttgart Urt. v. 21. 2. 1958 in NJW 1958, 1360 (1361)

24) BFH Urt. v. 17. 1. 1961 in BB 1961, 321

25) Reischauer-Kleinhans KWG § 1 Anm. 3; Stellungnahme der Bundesregierung zu den Eingwendungen des Bundesrates, Bt.-Drucks. III/1134 Anlage 3 II zu 2.

26) Dempewolf, Anm. z. Urt. d. LG Köln v. 11. 7. 1963 in NJW 1964, 252

27) Erbs-Kohlhaas KWG § 1 Anm. 1

28) Stellungnahme des Bundesrates zu § 1 RegE. Bt.-Drucks. III/1114

die unbedeutende eigene Mittel mit gewisser Regelmäßigkeit ausleihen, fallen also nicht unter das Gesetz. Dies gilt auch für vollkaufmännische Unternehmen, die Bankgeschäfte als Hilfs- oder Nebengeschäfte betreiben, und für Formkaufleute des § 6 Abs. 2 HGB²⁹⁾, selbst dann, wenn deren Bankgeschäfte wesentlicher Gegenstand des Unternehmens sind, solange die bankgeschäftliche Tätigkeit nicht über den Umfang eines Kleingewerbes hinausgeht.

Der Umfang und nicht die Art der Geschäftstätigkeit muß einen vollkaufmännischen Betrieb erfordern. Ob tatsächlich eine derartige Einrichtung getroffen ist, bleibt unerheblich. Es kommt vielmehr allein darauf an, ob „der Umfang des tatsächlichen Geschäftsbetriebes nach kaufmännischer Anschauung unter Berücksichtigung des Verkehrsinteresses“ eine vollkaufmännische Einrichtung objektiv erforderlich macht³⁰⁾. Bei der Entscheidung dieser Frage ist davon auszugehen, daß Bankgeschäfte in der Mehrzahl ihrer Natur nach zu Geschäftsbeziehungen führen, die erst nach einer längeren Zeitspanne abgewickelt werden, wie z. B. Einlagen-, Kredit-, Depot-, Investment- und Garantiegeschäfte. Da diese Geschäfte in der Zwischenzeit verwaltende Tätigkeiten des Kreditinstituts auslösen, bedürfen Bankgeschäfte, anders als die meisten Geschäfte der anderen Handelsgewerbe, schon bei geringem Umfang eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes³¹⁾.

2. 114 Rechtsform

Eine bestimmte Rechtsform schreibt das Kreditwesengesetz für Kreditinstitute nicht zwingend vor. Sie können in der Form eines Einzelunternehmens, einer Personengemeinschaft, Personengesellschaft, juristischen Person des privaten Rechts sowie als öffentliche Einrichtungen mit oder ohne eigene Rechtspersönlichkeit geführt werden³²⁾. Ausnahmen gelten für privatrechtliche Hypothekenbanken und Investmentgesellschaften. Jene dürfen nur in der Rechtsform der Aktiengesellschaft oder der Kommanditgesellschaft auf Aktien³³⁾, diese nur als Aktiengesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung³⁴⁾ betrieben werden.

2. 115 Kaufmannseigenschaft

Das Kreditwesengesetz verlangt keine Kaufmannseigenschaft. Bankgeschäfte gehören gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 4 HGB zu den Grundhandelsgeschäften. Betreibt ein Unternehmen sie gewerbsmäßig, so ist es Kaufmann. Nach § 1 KWG

²⁹⁾ Schönle in Zimmerer-Schönle KWG § 1 Anm. 18; a. M. Consbruch-Möller KWG § 1 Anm. 6

³⁰⁾ Szagunn in Szagunn-Neumann KWG § 1 Anm. 15

³¹⁾ Reischauer-Kleinhans KWG § 1 Anm. 9 mit entsprechenden Zahlenangaben für das Einlagen-, Kredit- und Garantiegeschäft; Consbruch-Möller KWG § 1 Anm. 6

³²⁾ über den Begriff der nicht rechtsfähigen Kreditanstalt des öffentlichen Rechts und ihre Bedeutung in Vergangenheit und Gegenwart s. Fries, Nichtrechtsfähige Kreditanstalten, Sparkasse 1961, S. 142 ff, 162 ff

³³⁾ § 2 HypBkGes.

³⁴⁾ § 1 Abs. 2 KAGG

setzt der Begriff des Kreditinstituts jedoch nur eine vollkaufmännische Einrichtung des Geschäftsbetriebes voraus. Das Kreditwesengesetz verlangt mithin nur den geschäftsmäßigen Betrieb der Bankgeschäfte³⁵⁾, während das Handelsrecht die Kaufmannseigenschaft vom gewerbsmäßigen Betrieb des Handelsgeschäfts abhängig macht, also zusätzlich fordert, daß die Tätigkeit auf Gewinnerzielung gerichtet ist³⁶⁾. Die Kreditinstitute verfolgen allerdings regelmäßig eine Gewinnabsicht. Sie sind dann Vollkaufleute. Dies gilt auch für die öffentlich-rechtlichen Sparkassen³⁷⁾, denen früher die Gewinnabsicht und damit die Kaufmannseigenschaft abgesprochen wurde, jedenfalls dann, wenn sie neben dem Spargeschäft andere Bankgeschäfte betreiben.

2. 12 Kreditinstitute mit bankfremden Geschäften

Ein Unternehmen ist ein Kreditinstitut, wenn es nur eines der in § 1 Nr. 1—9 KWG bezeichneten Bankgeschäfte betreibt. Es ist gleichgültig, ob das Bankgeschäft ausschließlich oder im Zusammenhang mit bankfremden Geschäften betrieben wird, wenn nur die bankgeschäftliche Tätigkeit den Umfang eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes erfordert³⁸⁾. Auch Kreditinstitute mit bankfremden Geschäften sind Kreditinstitute. Hierzu zählen Kreditgenossenschaften mit Warengeschäft, Wirtschaftsunternehmen mit rechtlich unselbständiger Bankabteilung, z. B. Metallgesellschaft AG., Degussa AG. und Kaufleute mit bankgeschäftlicher Tätigkeit (merchant bankers)³⁹⁾. Die Bankgeschäfte brauchen nicht zu überwiegen⁴⁰⁾. Sie können vielmehr die Bedeutung von unselbständigen Neben- oder Hilfgeschäften haben⁴¹⁾. Dies ergibt sich schon aus der Legaldefinition des § 1 KWG, die nicht einem bestimmten Leitbild eines Kreditinstituts folgt, sondern ganz bestimmte Erfordernisse nennt.

Aus § 1 KWG läßt sich jedoch nicht entnehmen, ob ein Kreditinstitut mit bankfremdem Geschäft in seiner Gesamtheit oder nur mit seinem bankgeschäftlichen Teil Kreditinstitut im Sinne des Kreditwesengesetzes ist. Der Bundes-

35) Reischauer-Kleinhans KWG § 1 Anm. 8; Szagunn in Szagunn-Neumann KWG § 1 Anm. 17

36) RG seit Urt. v. 29. 10. 1896 in RGZ 38, 18 (20); Baumbach-Duden, Handelsgesetzbuch, 16. Aufl. 1964 § 1 Anm. 1 B; Würdinger in RGRK z. HGB 1. Bd. 2. Aufl. 1953 § 1 Anm. 6; Hildebrandt in Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, 1. Bd. 4. Aufl. 1960 § 1 Anm. 23

37) RG Urt. v. 1. 3. 1927 in RGZ 116, 227 (229); Reischauer-Kleinhans KWG § 1 Anm. 8

38) Reischauer-Kleinhans KWG § 1 Anm. 6; Szagunn in Szagunn-Neumann KWG § 1 Anm. 12; Schönle in Zimmerer-Schönle KWG § 1 Anm. 20; LG Köln Urt. v. 11. 7. 1963 in NJW 1964, 252; LG Bremen Urt. v. 30. 4. 1964 in NJW 1964, 2356

39) Reischauer-Kleinhans KWG § 1 Anm. 6; Szagunn in Szagunn-Neumann KWG § 1 Anm. 12

40) Reischauer-Kleinhans KWG § 1 Anm. 6; Schönle in Zimmerer-Schönle KWG § 1 Anm. 20

41) Für Rechtslage nach § 1 KWG 39 bejahend: Bergmann NJW 1953, 450; OLG Stuttgart Urt. v. 22. 7. 1960 in NJW 1960, 2158 (2160); verneinend: Kohler bei Pfundtner-Neubert III d 17, Anm. 1 zu § 1 KWG; OVG Koblenz Urt. v. 26. 1. 1954 in DVBl 1954, 374; Für § 1 KWG Szagunn in Szagunn-Neumann KWG § 1 Anm. 12; LG Köln NJW 1964, 252 mit Anm. v. Dempe-wolf; LG Bremen NJW 1964, 2356

Finanzhof⁴²⁾ ist bei der Entscheidung des steuerrechtlichen Problems, wie Dauerschulden bei einer gemischten Tätigkeit eines Unternehmens im Hinblick auf § 19 GewStDV aufzuteilen sind, davon ausgegangen, daß Genossenschaften je nach dem überwiegenden Teil ihrer Tätigkeit als Waren- oder Kreditgenossenschaft zu behandeln sind. Diesen Grundsatz hat das Finanzministerium Nordrhein-Westfalen in dem Erlaß vom 28. 4. 1961⁴³⁾ übernommen.

Diese Auslegung kann jedoch nicht auf den Begriff des Kreditinstituts im Sinne des § 1 KWG übertragen werden. Die Entscheidung des Bundesfinanzhofs erfolgte ausschließlich unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten, denn es ging um die Rechtsfrage, ob die steuerlich günstigere Behandlung von Dauerschulden bei Kreditinstituten auch dann anzuwenden ist, wenn der Steuerpflichtige überwiegend bankfremde Geschäfte betreibt. Die ausdrückliche Betonung des Vorzugs einer einfachen Veranlagung zeigt, daß bei der Auslegung auch der Aspekt der praktischen Handhabung berücksichtigt wurde⁴⁴⁾. Diese Gesichtspunkte können jedoch nicht zur Beurteilung der Frage herangezogen werden, ob das Unternehmen in seiner Gesamtheit oder nur mit seinem bankgeschäftlichen Tätigkeitsbereich dem Kreditwesengesetz unterliegt.

Schork und Schönle⁴⁵⁾ vertreten ohne nähere Begründung die Ansicht, ein Unternehmen, das auch bankfremde Geschäfte betreibt, falle grundsätzlich nur mit seinem Bankteil unter das Gesetz. In diesem Sinne ist auch entgegen der Meinung von Reischauer-Kleinhans⁴⁶⁾ der Bescheid des Reichskommissars für das Kreditwesen vom 16. 6. 1936⁴⁷⁾ zu verstehen. Dies ergibt sich eindeutig aus dem in Satz 2 verwandten Wort „insoweit“.

Der weiten Fassung der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 KWG wird jedoch allein die Auffassung gerecht, das Unternehmen in seiner Gesamtheit sei Kreditinstitut⁴⁸⁾. Die Vorschrift setzt ein „Unternehmen“ voraus, das Bankgeschäfte betreibt. Dem Wortsinn nach bezeichnet dieser Begriff nicht nur einen einzelnen Tätigkeitsbereich, sondern den gesamten Betrieb in seiner rechtlichen und organisatorischen Einheit. Wollte der Gesetzgeber abweichend vom Wortsinn nur die Bankabteilung einbeziehen, so hätte er dies durch eine entsprechende Formulierung ausdrücken müssen, zumal die Praxis Unternehmen mit gemischter Tätigkeit bei Erlaß des Gesetzes kannte.

⁴²⁾ BFH Ur. v. 2. 8. 1960 in BB 1960, 1012, hinsichtlich der steuerlichen Aspekte mit ablehnender Anmerkung von Grieger

⁴³⁾ BB 1961, 667

⁴⁴⁾ Grieger BB 1960, 1012; Friedrich BB 1960, 1177

⁴⁵⁾ Schork KWG § 1 Anm. 2; Schönle in Zimmerer-Schönle KWG § 1 Anm. 20

⁴⁶⁾ Reischauer-Kleinhans KWG § 1 Anm. 6

⁴⁷⁾ abgedr. bei Consbruch-Möller KWG-Texte Ziff. 4.05

⁴⁸⁾ Reischauer-Kleinhans KWG § 1 Anm. 6; Szagunn in Szagunn-Neumann KWG § 1 Anm. 12; LG Köln Ur. v. 11. 7. 1963 in NJW 1964, 252

Die Richtigkeit der hier vertretenen Rechtsansicht ergibt sich auch aus weiteren Vorschriften des Gesetzes. So wählt der Gesetzgeber in § 2 Abs. 1 KWG die Form einer Fiktion, um die in Nr. 1—9 dieser Bestimmung bezeichneten Unternehmen von der Anwendung des Gesetzes auszunehmen. Die Notwendigkeit dieser Fiktion beweist, daß die Unternehmen ohne diese Vorschrift insgesamt vom Gesetz erfaßt würden, obwohl ihre bankgeschäftliche Tätigkeit in den Fällen der Nr. 1—8 nur als Nebentätigkeit anzusehen ist. Gegen diesen Schluß sprechen auch nicht die Bestimmungen § 2 Abs. 2 u. 3 KWG. In diesen Vorschriften ist lediglich eine Aufteilung unter dem Gesichtspunkt der Bankaufsicht vorgenommen worden⁴⁹⁾. Die Bestimmung des § 2 Abs. 3 KWG trennt zudem nicht das Bankgeschäft vom bankfremden Geschäft, sondern die Bankgeschäfte selbst in den bezeichneten Unternehmensgruppen eigentümliche und nichtigentümliche. Daneben wird, wie Reischauer-Kleinhans zu recht betonen⁵⁰⁾, die hier vertretene Ansicht durch die Formulierung des § 19 Abs. 1 Nr. 3 KWG bestätigt, die von „nichtbankmäßigen Handelsgeschäften von Kreditinstituten, insbesondere Warengeschäften“ spricht. Hieraus wird erkennbar, daß es sich beim bankfremden Geschäft um ein Geschäft eines Kreditinstituts handelt. Also ist das gesamte Unternehmen Kreditinstitut.

Mittelbar findet diese Auffassung außerdem eine Stütze in der Vorschrift des § 2 Abs. 4 KWG. Insbesondere der Umstand, daß das Bundesaufsichtsamt berechtigt ist, solche Unternehmungen, „die wegen der Art der von ihnen betriebenen Geschäfte insoweit nicht der Aufsicht bedürfen“, von wesentlichen Ordnungsvorschriften zu befreien, läßt erkennen, daß die Vorschrift insbesondere auf jene Kreditinstitute zielt, die bankfremde Geschäfte betreiben und gerade wegen dieser Art von Geschäften der Bankaufsicht nicht bedürfen. Bestärkt wird diese Auffassung durch die bisherige Verwaltungspraxis. Das Bundesaufsichtsamt hat neben bestimmten Kreditvermittlern gerade Unternehmen, die Kredit- und Garantiegeschäfte als Hilfs- oder Nebengeschäfte für andere Geschäfte betreiben, z. B. Kreditgeschäfte mit Kunden des Warengeschäfts, Delkrederegeschäfte und Zentralregulierungsgeschäfte, freigestellt⁵¹⁾.

Es ist somit festzustellen, daß auch Unternehmen mit bankfremden Geschäften Kreditinstitute sind, wenn sie nur eines der in § 1 KWG genannten Bankgeschäfte in dem dort bezeichneten Umfang betreiben, selbst wenn diese Geschäfte nur den Charakter von Hilfs- oder Nebengeschäften haben, und daß sich die Kreditinstitutseigenschaft auf das gesamte Unternehmen erstreckt. Damit ist aber noch nicht die Frage entschieden, ob diese Kreditinstitute auch hinsichtlich der bankfremden Geschäfte durch § 102 GWB vom Verbotsprinzip ausgenommen sind. Dies wäre nur dann zu bejahen, wenn diese Geschäfte, was später zu prüfen sein wird, der Aufsicht nach dem Kreditwesen-

⁴⁹⁾ Begrdg. zu § 2 RegE. Bt.-Drucks. III/1114

⁵⁰⁾ Reischauer-Kleinhans KWG § 1 Anm. 6

⁵¹⁾ Reischauer-Kleinhans KWG § 2 Anm. 49

gesetz unterliegen und § 102 GWB seinem Sinn und Zweck nach auch diese Geschäfte zulassen wollte.

2. 13 Kreditinstitute mit verbotenen Geschäften oder ohne Erlaubnis

Erfüllt ein Unternehmen die Legaldefinition des § 1 KWG, so ist es generell Kreditinstitut, als solches der Aufsicht nach diesem Gesetz unterworfen und dem Ausnahmebereich des § 102 GWB zugehörig. Dies gilt auch für Unternehmen, die Bankgeschäfte in dem in § 1 Abs. 1 S. 2 KWG bezeichneten Umfang betreiben, denen aber keine oder noch keine Erlaubnis nach § 32 KWG zum Betrieb der Bankgeschäfte erteilt oder deren Erlaubnis gemäß § 35 KWG zurückgenommen worden ist⁵²⁾. Auch Unternehmen, die verbotene Geschäfte im Sinne des § 3 KWG betreiben, sind Kreditinstitute, sofern diese Geschäfte ihrem Umfang nach einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern⁵³⁾. Zwar begründen beide Tatbestände in Verbindung mit § 54 Abs. 1 Nr. 1 und 2 KWG die Strafbarkeit des Betriebes. Auch ist das Bundesaufsichtsamt nach § 37 KWG in Verbindung mit § 12 VwVG befugt, unmittelbar einzuschreiten. Schließlich kann die Fortsetzung des Betriebes ohne Erlaubnis nach § 15 Abs. 2 GewO polizeilich verhindert werden. Diese Aufsichtsbefugnisse berühren jedoch nicht die Kreditinstitutseigenschaft dieser Unternehmen, die allein durch die objektiven Voraussetzungen des § 1 KWG bestimmt wird. Da § 6 KWG die Aufsichtsbefugnis der Bankenaufsichtsbehörde allein davon abhängig macht, daß das betreffende Unternehmen ein Kreditinstitut ist, unterliegen auch Unternehmen, die verbotene Geschäfte nach § 3 KWG oder Bankgeschäfte ohne eine erforderliche Erlaubnis nach § 32 KWG betreiben, wenn sie den in § 1 S. 1 KWG bezeichneten Umfang erreichen, der Aufsicht nach dem Kreditwesengesetz⁵⁴⁾ und gehören somit zum Ausnahmebereich gemäß § 102 GWB.

2. 14 Unternehmungen des § 2 KWG

Gewisse Gruppen von Unternehmungen unterliegen grundsätzlich nicht dem Kreditwesengesetz, obwohl sie die Voraussetzungen des § 1 KWG erfüllen. Es sind dies die in § 2 Abs. 1 KWG genannten Unternehmungen — Deutsche Bundesbank, Deutsche Bundespost, Kreditanstalt für Wiederaufbau, Sozialversicherungsträger und Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, private und öffentlich-rechtliche Versicherungsunternehmen, private Bausparkassen und diesen gleichgestellte Geschäftsbetriebe sowie öffentlich-rechtliche Bausparkassen, gemeinnützige Wohnungsunternehmen, Organe der staatlichen Wohnungspolitik und Pfandleiher —, die nach dem Willen des Gesetzgebers nicht als Kreditinstitute im Sinne des Gesetzes gelten. Sie gehören somit auch grundsätzlich nicht zum Kreis der durch

⁵²⁾ Consruch-Möller KWG § 35 Anm. 8; Schork KWG § 32 Anm. 1, § 35 Anm. 4; Szagunn in Szagunn-Neumann KWG § 32 Anm. 4, § 35 Anm. 53

⁵³⁾ Szagunn in Szagunn-Neumann KWG § 4 Anm. 10

⁵⁴⁾ Szagunn in Szagunn-Neumann KWG § 6 Anm. 21

§ 102 GWB Begünstigten, es sei denn, sie sind, wie die Versicherungsunternehmen und privaten Bausparkassen, der Aufsicht nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz unterstellt oder dem Kreis der begünstigten Unternehmensgruppen ausdrücklich zugeordnet, wie die öffentlich-rechtlichen Bausparkassen gemäß § 102 Abs. 3 GWB. Da aber die Sonderbestimmung des § 102 GWB die Freistellung vom Verbotsprinzip des Kartellgesetzes nicht direkt von der Eigenschaft als Kreditinstitut abhängig macht, sondern auf den Zusammenhang⁵⁵⁾ mit einem Aufsichtsstatbestand nach dem Gesetz über das Kreditwesen abstellt, sind die Unternehmungen des § 2 KWG dennoch hinsichtlich jenes Tätigkeitsbereichs, der ausnahmsweise durch § 2 Abs. 2 und 3 KWG dem Kreditwesengesetz unterworfen ist, durch § 102 Abs. 1 S. 1 GWB begünstigt. Die teilweise Anwendbarkeit des Kreditwesengesetzes ist für die Befreiung von den Verboten der §§ 1 und 15 GWB bei den einzelnen in § 2 KWG aufgeführten Unternehmungen von unterschiedlicher Bedeutung.

Für die in § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 3 KWG genannten Unternehmen — Deutsche Bundesbank und Kreditanstalt für Wiederaufbau — ist diese Folge unerheblich, weil das Kartellgesetz gemäß § 101 Nr. 1 GWB auf beide Unternehmen ohnehin keine Anwendung findet.

Zwar hat das Kartellgesetz in § 99 Abs. 1 GWB auch für die Deutsche Bundespost eine Sonderregelung geschaffen. Diese Freistellung bezieht sich jedoch lediglich auf Verkehrs- und -nebenleistungen, so daß das Kartellgesetz für die Bankgeschäfte der Bundespost — die Annahme von Einlagen⁵⁶⁾ und die Durchführung des Giroverkehrs⁵⁷⁾ — an sich anwendbar bleibt. Soweit nun diese Geschäfte durch § 2 Abs. 2 KWG der Aufsicht unterstellt sind, gehört auch die Deutsche Bundespost zum Kreis der nach § 102 GWB begünstigten Unternehmungen. Allgemeine materielle Aufsichtsbefugnisse sind nur durch die in § 2 Abs. 2 KWG angezogenen Vorschriften §§ 21—23 KWG statuiert worden. Daher unterliegt wohl der Postsparverkehr einschließlich der Werbung einer Bankaufsicht im Sinne des § 102 Abs. 1 S. 1 GWB, nicht dagegen der Giroverkehr, so daß die Deutsche Bundespost insoweit rechtlich schlechter als die Kreditinstitute gestellt ist.

Die Sozialversicherungsträger und die Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung⁵⁸⁾ legen ihre durch gesetzlich festgelegte Beitragszahlungen eingegangenen, langfristig verfügbaren Geldmittel in Darlehen an. Sie bevorzugen dabei das Schulscheinardlehensgeschäft in der Form des Revolvingkredits. Beim Revolvinggeschäft in all seinen verschiedenen Formen werden unter Mitwirkung eines Maklers kurzfristige Mittel zur

55) Zum Begriff „Zusammenhang“ siehe unten S. 29 ff

56) § 1 Abs. 1 Nr. 1 KWG — Postsparverkehr, geregelt durch Erlaß zur Regelung des Postsparwesen im Deutschen Reich vom 26. 8. 1938 — RGBl. I S. 1061 — in Verbindung mit der Postsparkassenordnung vom 11. 11. 1938 — RGBl. I S. 1645 —

57) § 1 Abs. 1 Nr. 9 KWG — Postscheckdienst, geregelt durch Postscheckgesetz vom 26. 3. 1914 in der Fassung vom 22. 3. 1921 — RGBl. I S. 247 —

58) § 2 Abs. 1 Nr. 4 KWG

Gewährung wirtschaftlich langfristiger Kredite verwandt. Die Umwandlung kurzfristiger in langfristige Gelder wird dadurch erreicht, daß durch die Vermittlung des Maklers an die Stelle eines jeden kurzfristigen Geldgebers bei Fälligkeit seiner Forderung ein anderer Geldgeber tritt. Da das Kreditgeschäft bei den Versicherungsträgern einen Umfang erreicht hat, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, erfüllen sie an sich insoweit ebenfalls die Voraussetzungen des § 1 KWG. Für sie ist jedoch wie bei Versicherungsunternehmen lediglich eine Anzeigepflicht für Millionenkredite normiert⁵⁹⁾. Die Aufsicht des Bundesaufsichtsamtes kann in diesem Fall nur auf die Einhaltung dieser Verpflichtung gerichtet sein, erstreckt sich jedenfalls nicht auf das Kreditgeschäft als solches. Da sich wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen im Zusammenhang mit diesem Aufsichtstatbestand nicht denken lassen, gilt die Unwirksamkeitsfolge der §§ 1 und 15 GWB für die Bankgeschäfte der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung uneingeschränkt, ohne daß eine Freistellung nach § 102 Abs. 1 S. 1 GWB erfolgen könnte.

Private und öffentlich-rechtliche Versicherungsunternehmen und Bausparkassen, gemeinnützige Wohnungsunternehmen, anerkannte Organe der staatlichen Wohnungspolitik und Unternehmen des Pfandleihgewerbes gelten nicht als Kreditinstitute⁶⁰⁾, obwohl einzelne ihrer Geschäfte ihrem Charakter nach Bankgeschäfte sind. Sie unterliegen daher auch grundsätzlich nicht den Vorschriften des Kreditwesengesetzes. Einzelne Bankgeschäfte dieser Unternehmensgruppen sind jedoch ausdrücklich der Bankaufsicht unterstellt worden. Das Gesetz unterscheidet zu diesem Zweck zwischen Bankgeschäften, die zu den diesen Unternehmen eigentümlichen Bankgeschäften gehören und solchen, die ihnen nicht eigentümlich sind. Nur die letzteren fallen unter das Kreditwesengesetz⁶¹⁾.

Der Wortlaut des § 2 Abs. 3 KWG läßt jedoch offen, ob das Kreditwesengesetz für die nicht eigentümlichen Bankgeschäfte dieser Unternehmen auch dann gilt, wenn diese Geschäfte nur in einem Umfang betrieben werden, der keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Würde man dies bejahen, so würden diese Unternehmen mit diesen speziellen Bankgeschäften der Aufsicht unterstehen, während der Art und dem Umfang nach gleiche Geschäfte bei allen anderen Unternehmen, die sie allein oder zusammen mit bankfremden betreiben, nicht darunter fielen.

Die Motive, die den Gesetzgeber veranlaßten, Unternehmen mit bankgeschäftlichen Tätigkeiten minderkaufmännischen Umfangs nicht dem Gesetz zu unterstellen, gelten auch hier in gleicher Weise. Die Aufrechterhaltung der volkswirtschaftlichen Funktionsfähigkeit des Kreditgewerbes und die

⁵⁹⁾ § 2 Abs. 2 2. Hlfs. KWG in Verbindung mit § 14 KWG

⁶⁰⁾ § 2 Abs. 1 Nr. 5—9 KWG

⁶¹⁾ § 2 Abs. 3 KWG

Sicherung der Einlagen erfordern nicht die Aufsicht über die bezeichneten Unternehmen, solange die nichteigentümlichen Bankgeschäfte nicht den in § 1 Abs. 1 S. 1 KWG geforderten Umfang erreichen⁶²⁾.

2. 15 Vereinigungen von Kreditunternehmen

Das Kartellgesetz knüpft gemäß § 102 Abs. 1 S. 1 GWB die Freistellung von den Vorschriften der §§ 1 und 15 GWB an die Aufsicht nach dem Gesetz über das Kreditwesen. Welche Unternehmen dieser Aufsicht unterliegen, ist oben dargelegt worden. Unter die Bankaufsicht fallen danach nicht die Verbände der Kreditinstitute. Wie die Formulierung des § 102 Abs. 1 S. 1 GWB zeigt, will der Gesetzgeber die Freistellungsmöglichkeit jedoch nicht auf die Aufsichtstatbestände als solche begrenzen. Die Vorschrift stellt vielmehr auf den Zusammenhang mit Aufsichtstatbeständen ab⁶³⁾. Wenn auch die Vereinigungen der Kreditinstitute nicht von den Normen des Kreditwesengesetzes erfaßt werden, so stehen deren wettbewerbsbeschränkende Handlungen, beispielsweise Empfehlungen oder bindende Verbandsbeschlüsse, ihrem Inhalt nach regelmäßig mit Tatbeständen im Zusammenhang, die ihrerseits der Aufsicht unterliegen. Daher gilt die Privilegierung des § 102 Abs. 1 GWB auch für wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen der Spitzenverbände des Kreditgewerbes.

Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich aus der Vorschrift des § 102 Abs. 2 GWB, die den Ausnahmebereich des Absatzes 1 einer Mißbrauchsaufsicht unterstellt und dabei die Vereinigungen der begünstigten Unternehmen ausdrücklich einbezieht. Diese Bestimmung wäre sinnlos, wenn die Verbände nicht dem Ausnahmebereich zugehörten. Im übrigen gehen in der Praxis der Kreditwirtschaft wettbewerbsbeschränkende Handlungen gerade von den Spitzenverbänden aus⁶⁴⁾. Es kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber sie nicht der Vorschrift unterstellen wollte, da sonst die Regelung ohne praktische Wirkungen geblieben wäre⁶⁵⁾.

2. 2 Der begünstigte Geschäftsbereich dieser Unternehmen

Nachdem bisher aufgezeigt worden ist, welche Unternehmen den Vorschriften des Kreditwesengesetzes unterstellt sind, muß nun der Kreis der begünstigten Geschäfte dieser Unternehmen bestimmt werden. Da § 102 Abs. 1 S. 1 GWB auf „Wettbewerbsbeschränkungen im Zusammenhang mit Tatbeständen, die der Genehmigung und Überwachung nach dem Gesetz über das Kre-

⁶²⁾ im Ergebnis ebenso Reischauer-Kleinhans KWG § 2 Anm. 40; Schönle in Zimmerer-Schönle KWG § 2 Anm. 6, 9, 10; Szagunn in Szagunn-Neumann KWG § 2 Anm. 64

⁶³⁾ Näheres dazu siehe S. 29 ff

⁶⁴⁾ vgl. die Meldungen beim BKA, Tätigkeitsbericht 1959 S. 33, 1960 S. 36, 37, 1961 S. 55, 1962 S. 66, 1963 S. 63

⁶⁵⁾ Allgemeine Meinung z. B. Pollems in GemK. § 102 Anm. 5; Schork WuW 1958, 431

ditwesen unterliegen“, abstellt, können nicht die Kreditinstitute und die sonst begünstigten Unternehmen schlechthin mit ihrem gesamten Geschäftsbereich von der Unwirksamkeitsfolge der §§ 1 und 15 GWB befreit sein. Dies kann vielmehr nur für einen Teilbereich ihrer Geschäftstätigkeit zutreffen, der allgemein durch die Genehmigungs- und Überwachungsbefugnisse nach dem jeweils geltenden Kreditwesengesetz festgelegt ist.

2. 21 Aufsichtsbeugnisse nach dem Kreditwesengesetz 1939

Die zur Zeit des Inkrafttretens des Kartellgesetzes geltende Regelung der Bankaufsicht nach § 36 KWG 39 gab den Bankaufsichtsbehörden der Länder das Recht, Geschäftsbedingungen über Zins- und Provisionssätze und über den Wettbewerb für allgemeinverbindlich zu erklären oder selbst entsprechende Anordnungen zu erlassen. In § 30 KWG 39 war den Bankaufsichtsbehörden ein Aufsichtsrecht eingeräumt mit dem Ziel, „für die Beachtung allgemeinwirtschaftlicher Gesichtspunkte in der allgemeinen Kredit- und Bankpolitik und die Anpassung der Geschäfte der Kreditinstitute an die Bedürfnisse der Gesamtwirtschaft zu sorgen sowie Mißstände, die im Kredit- und Bankwesen hervortreten, zu beseitigen“. Im Hinblick auf diese weitgefaßte Formulierung vertraten Pollems⁶⁶⁾ und Schreihage⁶⁷⁾ für das Kreditwesengesetz alter Fassung die Ansicht, praktisch der gesamte wettbewerbserhebliche Geschäftstätigkeitsbereich sei der Aufsicht unterworfen und damit gemäß § 102 Abs. 1 S. 1 GWB der Freistellung von §§ 1 und 15 GWB zugänglich. Rasch⁶⁸⁾ beschränkte diesen Bereich auf banktypische Geschäfte, Schork⁶⁹⁾ auf die „spezifischen“ Tätigkeiten der Kreditinstitute.

2. 22 Aufsichtsbeugnisse nach dem Kreditwesengesetz 1961

2. 221 Genehmigungstatbestände

Seit das Kreditwesengesetz 1961 am 1. Januar 1962 in Kraft getreten ist, muß von den Befugnissen nach dem neuen Gesetz ausgegangen werden. Soweit § 102 GWB die Freistellung an einen Genehmigungstatbestand knüpft, kommt allein die Aufnahme oder Erweiterung des Geschäftsbetriebes sowie die Änderung der Rechtsform eines Kreditinstitutes, durch die ein neuer Rechtsträger entsteht, in Betracht, und zwar immer dann, wenn das Unternehmen Bankgeschäfte in dem in § 1 Abs. 1 KWG bezeichneten Umfang betreiben will. Die Errichtung von Zweigstellen bedarf dagegen nicht der Genehmigung durch das Bundesaufsichtsamt. Es genügt vielmehr gemäß § 24 Abs. 1 Nr. 7 KWG eine unverzügliche Anzeige an die genannte Behörde und an die Deutsche Bundesbank.

⁶⁶⁾ Pollems in GemK. 1. Aufl. § 102 Anm. 8

⁶⁷⁾ Schreihage ZfK 1960, 16

⁶⁸⁾ Rasch ZfK 1957, 799 und Wettbewerbsbeschränkungen 2. Aufl. 1958 § 102

⁶⁹⁾ Schork Sparkasse 1957, 269 und WuW 1958, 433

2. 222 Überwachungstatbestände

Für die Abgrenzung des vom Kartellverbot befreiten Tätigkeitsbereichs eines Kreditinstituts von jenen Geschäften, bei denen eine Kartellwidrigkeit auch durch Meldung gemäß § 102 Abs. 1 S. 1 GWB nicht beseitigt werden kann, sind allein die Tatbestände von Bedeutung, die einer „Überwachung“ nach dem Kreditwesengesetz unterliegen. Der Terminus „Überwachung“ taucht im Kreditwesengesetz nicht auf. Der Gesetzgeber verwendet in § 6 Abs. 1 KWG vielmehr das Wort „Aufsicht“. Im Rahmen dieser Arbeit kann es dahingestellt bleiben, in welchem Verhältnis beide Begriffe zueinander stehen, ob insbesondere die Überwachung eine Aufsicht minderen Grades ist. Jedenfalls wollte der Gesetzgeber, wie die Entstehungsgeschichte des § 102 GWB⁷⁰⁾, insbesondere die Stellungnahme des Bundesrates⁷¹⁾ zeigt, mit dieser Formulierung die Aufsichtstatbestände des Kreditwesengesetzes bezeichnen.

§ 6 Abs. 1 KWG weist dem Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, einer selbständigen Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministers für Wirtschaft mit Sitz in Berlin⁷²⁾, als einzigem Organ generell die Aufsicht zu. Dennoch obliegt ein erheblicher Teil der Aufsichtstätigkeit der Deutschen Bundesbank, die im wesentlichen die innere Struktur der Kreditinstitute überwacht⁷³⁾. Einige spezielle Aufsichtsfunktionen, wie der Erlaß von Rechtsverordnungen bei schwerwiegenden Gefahren für die Gesamtwirtschaft, sind der Bundesregierung⁷⁴⁾, andere, wie insbesondere der Erlaß von Rechtsverordnungen, die der allgemeinen Ordnung der Kreditwirtschaft dienen, wie die Bezeichnung weiterer Geschäfte als Bankgeschäfte, die allgemeine Befreiung von einzelnen, überwiegend formellen Pflichten sowie die Festlegung der Zinsen und Provisionen im Einlagen- und Kreditgeschäft, dem Bundesminister für Wirtschaft übertragen worden⁷⁵⁾. Auch in diesen Fällen handelt es sich materiell um Aufsicht⁷⁶⁾. Da § 102 Abs. 1 S. 1 GWB die Freistellung allgemein an die der Genehmigung oder Überwachung unterliegenden Tatbestände knüpft, also ohne Beschränkung auf die Aufsicht durch ein bestimmtes Organ, ist es für die Anwendbarkeit dieser Norm nur entscheidend, daß überhaupt ein Aufsichtstatbestand vorliegt. Es ist dabei gleichgültig, welchem Organ im konkreten Fall die Aufsichtsbefugnisse zustehen.

Die Tatbestände, die einer Aufsicht nach dem Kreditwesengesetz unterliegen, werden ausschließlich durch § 6 Abs. 1 KWG in Verbindung mit den einzelnen

⁷⁰⁾ Bt.-Drucks. II/1158 Anl. 1 S. 47, Anl. 2 zu § 76, Anl. 3 Nr. 30; zu Bt.-Drucks. II/3644 zu §§ 76 und 76a; Kurzprotokoll der 28. Sitzung des Bundestagsausschusses für Geld und Kredit vom 27. 10. 1955

⁷¹⁾ Bt.-Drucks. II/1158 Anl. 2 zu § 76

⁷²⁾ § 5 Abs. 1 KWG

⁷³⁾ z. B. §§ 10 Abs. 1 u. 2 Nr. 3, 11, 13 14, 23 Abs. 1, 24—26, 29 Abs. 2, 30, 31 Abs. 1, 47 Abs. 2, 48 Abs. 1, 53 KWG

⁷⁴⁾ §§ 47, 48 KWG

⁷⁵⁾ §§ 1 Abs. 1 S. 3, 10 Abs. 2 Nr. 3, 23 Abs. 1, 31 Abs. 1, 51 Abs. 1 S. 3 KWG

⁷⁶⁾ Szagunn in Szagunn-Neumann KWG § 6 Anm. 3

Vorschriften des Gesetzes und durch § 6 Abs. 2 KWG bestimmt. Danach übt das Bundesaufsichtsamt „die Aufsicht über die Kreditinstitute nach den Vorschriften dieses Gesetzes aus“. Daneben obliegt ihm gemäß Absatz 2 die Pflicht, „Mißstände im Kreditwesen entgegenzuwirken, die die Sicherheit der den Kreditinstituten anvertrauten Vermögenswerte gefährden, die die ordnungsgemäße Durchführung der Bankgeschäfte beeinträchtigen oder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft herbeiführen können“.

2. 2221 Die unterschiedlichen Auffassungen über den Umfang der Überwachungstatbestände

Gestützt auf diese Rechtsgrundlagen vertritt Pollems⁷⁷⁾ die Ansicht, daß es grundsätzlich keine bedeutsame Tätigkeit eines Kreditinstituts gebe, die nicht der Aufsicht nach dem Kreditwesengesetz unterliege, weil die Ordnungsvorschriften des Gesetzes alle Bereiche der Geschäftspolitik eines Kreditinstituts berühren und die Pflicht des Bundesaufsichtsamtes, den in § 6 Abs. 2 KWG genannten Mißständen entgegenzuwirken, eine laufende Überwachung des gesamten Geschäftsbetriebes erfordere. Auch Rinck⁷⁸⁾ und Rauschenbach⁷⁹⁾ rechnen praktisch die gesamte Tätigkeit der Kreditinstitute zum Kreis der begünstigten Geschäfte.

Nach der Auffassung Szagunns⁸⁰⁾ ist demgegenüber ein kleinerer Kreis von Geschäften begünstigt. Er weist darauf hin, daß nach neuem Recht im Unterschied zur Regelung der Aufsichtsbefugnisse nach dem Kreditwesengesetz 1939 die Bekämpfung von Mißständen an enge Voraussetzungen geknüpft ist. Da auch die Aufsicht nur im Rahmen der Vorschriften des Gesetzes ausgeübt werden dürfe, seien durchaus Tätigkeiten denkbar, die nicht der Überwachung im Sinne des § 102 Abs. 1 S. 1 GWB unterliegen. Jedenfalls reiche der Einfluß geschäftlichen Handelns auf Eigenkapital und Liquiditätsstruktur allein nicht aus, diese Geschäfte zu Aufsichtstatbeständen zu machen, außer wenn die in den Vorschriften der §§ 10 ff KWG gesetzten Grenzen überschritten werden. Hierzu rechnet er Grundsätze für die Vermögensanlage, soweit sie sich in den Grenzen der §§ 10 ff KWG halten, Einkaufskartelle für Büromaschinen und ähnliche Vereinbarungen. Er hält allerdings deren kartellrechtliche Bedeutung für gering. Auch Consbruch-Möller⁸¹⁾ meinen, der Bereich der Bankaufsicht nach dem neuen Kreditwesengesetz sei gegenüber den weit gefaßten Vorschriften der §§ 30, 36 KWG 39 enger festgelegt. Sie halten bestimmte Tätigkeiten der Kreditinstitute, wie Waren- und Vermittlungsgeschäfte, Beschaffungskäufe für die Betriebsorganisation und -ausstattung, für genehmigungs- und überwachungsfrei. Mit Szagunn stimmen sie im

77) Pollems in GemK. § 102 Anm. 8

78) Rinck, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 933

79) Rauschenbach, Wirtschaftsrecht 1965 S. 137

80) Szagunn in Szagunn-Neumann KWG Anh. § 23 Anm. 3

81) Consbruch-Möller KWG § 23 Anm. 11

Ergebnis darin überein, daß durch eine unmittelbare oder mittelbare Berührung der Eigenkapital- oder Liquiditätsverhältnisse keine Erstreckung der Überwachungsverhältnisse im Sinne des § 102 Abs. 1 S. 1 GWB erreicht werden kann. Sie begründen diese Ansicht allerdings nicht mit der engen Fassung des § 6 Abs. 1 GWB, sondern leiten sie aus dem Ausnahmecharakter des § 102 GWB ab.

2. 2222 Abgrenzung des freigestellten Geschäftsbereichs

Der Umfang des vom Kartellverbot befreiten Geschäftsbereichs hängt zunächst davon ab, ob generell alle Bestimmungen des Kreditwesengesetzes, die der Beaufsichtigung des Kreditgewerbes dienende Maßnahmen anordnen oder zulassen, zu den „Überwachungs“-Tatbeständen im Sinne des § 102 Abs. 1 S. 1 GWB zu rechnen sind oder ob nach dem Zweck dieser Ausnahmeregelung auf ganz bestimmte Aufsichtsbefugnisse abzustellen ist.

Das Gesetz räumt den Aufsichtsorganen inhaltlich verschiedene Aufsichtsbefugnisse ein. So sind ihnen einerseits formelle Beobachtungs-(Aufsichts)Befugnisse, andererseits materielle Aufsichtsrechte übertragen worden. Zu den formellen Aufsichtsbefugnissen gehören insbesondere die weitreichenden Auskunfts-, Prüfungs- und Untersuchungsrechte nach § 44 KWG, die sich auf alle Geschäftsangelegenheiten der Kreditinstitute erstrecken. Daneben sind auch die Anzeigepflichten der Kreditinstitute, die bei Groß-, Millionen- und Organkrediten⁸²⁾ sowie bei wichtigen personellen, gesellschaftsrechtlichen, organisatorischen und finanziellen Veränderungen⁸³⁾ bestehen, und die besonderen Pflichten zur Vorlage von Monatsausweisen, Bilanzen und Geschäftsberichten⁸⁴⁾⁸⁵⁾ dazu zu rechnen. Diese formellen Aufsichtsrechte sollen den Aufsichtsorganen eine umfassende Aufklärung des Sachverhalts ermöglichen. Das Bundesaufsichtsamt soll mit Hilfe dieser Tatbestände die tatsächlichen Informationen erhalten, die es zur Ausübung der materiellen Aufsicht benötigt. Einwirkungsmöglichkeiten sind mit den formellen Aufsichtsrechten nicht verbunden.

Die materiellen Aufsichtsrechte gestatten demgegenüber eine Einflußnahme auf die Geschäftstätigkeit der Kreditinstitute. Je nach der Art der Eingriffsmöglichkeit sind direkte und indirekte Einwirkungsrechte zu unterscheiden. Direkte Einwirkungsrechte sind nur im Rahmen des § 6 Abs. 1 KWG gegeben. Diese Vorschrift regelt ihrem Wortlaut nach die Aufsicht gegen das einzelne Kreditinstitut⁸⁶⁾. Sie ist nach allgemeiner Ansicht zugleich die Rechtsgrund-

82) §§ 13—16 KWG

83) §§ 24, 28 KWG

84) §§ 25, 26 KWG

85) Das Verfahren bei Anzeigen nach §§ 13, 14, 16 u. 24 sowie bei der Bilanzvorlage nach § 26 KWG ist durch Bekanntmachung des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen vom 5. 12. 1962 (BANz. Nr. 243) geregelt worden.

86) Consbruch-Möller KWG § 6 Anm. 2

lage für entsprechende Verfügungen des Bundesaufsichtsamtes⁸⁷⁾, sofern die Aufsicht nicht wie in § 23 KWG durch Erlaß von Rechtsverordnungen ausgeübt wird. Die gemäß § 6 Abs. 1 KWG einer direkten Einwirkung unterliegenden Tatbestände sind durch die Ordnungsvorschriften des Kreditwesengesetzes begrenzt. Unmittelbare Einwirkungsrechte gegen das einzelne Unternehmen, die einzelne Geschäfte der Kreditinstitute betreffen und damit für die Abgrenzung des durch § 102 GWB privilegierten Geschäftsbereichs von Bedeutung sind, bestehen danach lediglich beim Spargeschäft, beim Kredit- und übrigen Einlagengeschäft sowie bei der Werbung. Die direkten Eingriffsbefugnisse des Bundesaufsichtsamtes bei unzureichendem Eigenkapital, unzureichender Liquidität eines Kreditinstituts und bei Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen gegenüber den Gläubigern⁸⁸⁾, wie das Untersagen von Gewinnentnahmen und Geldanlagen in Grundstücken und Gebäuden, das Verbot der Annahme von Einlagen oder der Gewährung von Krediten, müssen unberücksichtigt bleiben, weil sie nur in den besonderen Ausnahmesituationen gegeben sind.

Der Sparverkehr der Kreditinstitute ist in den §§ 21, 22 KWG eingehend geregelt. In § 21 KWG wird der Begriff der Spareinlage definiert und bestimmt, unter welchen Voraussetzungen Geldbeträge als Spareinlage angenommen werden dürfen und welche formellen und inhaltlichen Anforderungen an ein Sparbuch zu stellen sind. Kündigungsfristen und die Rückzahlung von Spareinlagen sind in § 22 KWG festgelegt, und der Zinssatz kann durch hoheitliche Anordnung gemäß § 23 Abs. 1 KWG bestimmt werden. Das Kreditgeschäft ist außer durch die zur Verringerung der Risiken dieses Geschäfts erlassenen Ordnungsvorschriften der §§ 13—20 KWG insbesondere durch die Befugnis zur hoheitlichen Regelung der Zinsen und Provisionen gemäß § 23 Abs. 1 KWG einer direkten Einwirkung durch das Bundesaufsichtsamt unterworfen. Dies gilt ebenso für das Einlagengeschäft allgemein, da auch die Höhe der Habenzinsen angeordnet werden kann. Eine an den Bedürfnissen der Bankpraxis orientierte, sachgerechte Festlegung der Höhe der Zinsen und Provisionen macht eine Abstufung der Prozentsätze je nach Art und Dauer der Einlage oder Kreditgewährung erforderlich. Daher werden durch die hoheitliche Anordnung neben den Zins- und Provisionssätzen zugleich auch andere Modalitäten, wie Laufzeit, Kündigung und Rückzahlung bestimmt. Schließlich kann das Bundesaufsichtsamt nach § 23 Abs. 2 KWG noch bestimmte Arten der Werbung untersagen, um einen Mißstand in der Werbung zu beseitigen, so wenn beispielsweise irrige Vorstellungen über einzelne Bankgeschäfte geweckt oder andere Kreditinstitute herabgesetzt werden⁸⁹⁾. Zu direkten Eingriffen in die übrigen Geschäfte der Kreditinstitute sind die Aufsichtsorgane nicht befugt.

⁸⁷⁾ Begrddg zu § 6 RegE. Bt.-Drucks. III/1114; Schönle in Zimmerer-Schonle KWG § 6 Anm. 2; Consbruch-Möller KWG § 6 Anm. 2; Szagunn in Szagunn-Neumann KWG § 6 Anm. 23

⁸⁸⁾ §§ 45 ff KWG

⁸⁹⁾ über die Werbung im Kreditwesen siehe unten S. 56

Die indirekten Einwirkungsrechte sind dadurch gekennzeichnet, daß sie nur zu einer mittelbaren Einflußnahme auf die Geschäftstätigkeit des einzelnen Kreditinstituts durch Korrespondenz und Unterredung berechtigen. Aufsichtstatbestände mit nur indirekten Einwirkungsrechten sind in § 6 Abs. 2 KWG geschaffen. Die in dieser Bestimmung umschriebene Aufsichtstätigkeit hat zum Ziel, bestimmten Mißständen, also dem Zweck des Kreditwesengesetzes zuwiderlaufenden Tendenzen, „entgegenzuwirken“. Die Aufsicht wendet sich nicht gegen das einzelne Kreditinstitut, sondern gegen das Kreditwesen in seiner Gesamtheit oder gegen einzelne fachliche und regionale Gruppen⁹⁰⁾. Der Kreis der nach dieser Vorschrift einer Aufsicht unterliegenden Geschäfte wird durch die einzeln bezeichneten Mißstände bestimmt. Da aber die Umstände, die einen Mißstand in diesem Sinne darstellen, im Gesetz nicht konkretisiert sind, kann die Vorschrift nach allgemeiner Ansicht nicht als Rechtsgrundlage für Verfügungen des Bundesaufsichtsamtes herangezogen werden⁹¹⁾. Diese gegenüber Absatz 1 unterschiedliche Wertung des Absatzes 2 erklärt sich aus der verschiedenen Zielsetzung beider Vorschriften. Während Absatz 1 die Einhaltung des Kreditwesengesetzes sichern soll, wird in Absatz 2 dem Bundesaufsichtsamt die Wahrung der gesamtwirtschaftlichen Funktionsfähigkeit der Kreditwirtschaft übertragen, eine wirtschaftspolitische Funktion, die eigentlich zum Aufgabenbereich des Bundesministers für Wirtschaft gehört und nach § 30 KWG 39 auch folgerichtig dem Reichswirtschaftsminister zustand. Nur wenn sich ausnahmsweise ein Mißstand zugleich als Summe von Verstößen mehrerer Kreditinstitute gegen Ordnungsvorschriften des Kreditwesengesetzes darstellt und damit auch die Voraussetzungen für ein Einschreiten gemäß § 6 Abs. 1 KWG vorliegen, kann direkt, und zwar mit einer Allgemeinverfügung, eingegriffen werden. Im übrigen beschränken sich jedoch die Aufsichtsbefugnisse auf eine mittelbare Einwirkung durch Belehrung und formloses Ersuchen. Soweit ein Mißstand auf diese Weise nicht zu beseitigen ist, hat das Bundesaufsichtsamt Maßnahmen des Gesetzgebers anzuregen.

Der Wortlaut des § 102 Abs. 1 S. 1 GWB deutet nun darauf hin, daß sowohl der Zusammenhang mit formellen als auch mit materiellen Aufsichtsbefugnissen vom Kartellverbot befreit. Dieser Auslegung steht jedoch der Zweck der Ausnahmeregelung entgegen. Nach den Materialien des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen hat der Gesetzgeber die Kreditwirtschaft in erster Linie deshalb dem Mißbrauchsprinzip unterstellt, weil die Fachaufsicht seiner Ansicht nach bereits eine gewisse Pflege des Wettbewerbsgedankens gestattete⁹²⁾. Diese Möglichkeit besteht jedoch nur insoweit, als die Aufsichtsorgane über Einwirkungsbefugnisse verfügen. Sie fehlt dagegen dort,

⁹⁰⁾ Consbruch-Möller KWG § 6 Anm. 3; Szagunn in Szagunn-Neumann KWG § 6 Anm. 3

⁹¹⁾ Bericht des Wirtschaftsausschusses in Bt.-Drucks. III/2563 III. Teil §§ 5—8; Szagunn in Szagunn-Neumann KWG § 6 Anm. 21/22; Consbruch-Möller KWG § 6 Anm. 3; Schönle in Zimmerer-Schönle KWG § 6 Anm. 4

⁹²⁾ Bt.-Drucks II/3644 zu §§ 76 und 76a

wo lediglich formelle Aufsichtsbefugnisse gegeben sind. Eine dem Sinn und Zweck des Gesetzes entsprechende Auslegung verlangt, daß Wettbewerbsbeschränkungen im Zusammenhang mit solchen Tatbeständen, die lediglich einer formellen Aufsichtsbefugnis unterliegen, nicht freigestellt sind, denn eine Pflege des Wettbewerbsgedankens kann nur dort eingreifen, wo ein gewisses Maß an Einwirkungsmöglichkeit auf die Geschäftstätigkeit der Beaufsichtigten besteht.

Eine solche Einwirkungsmöglichkeit ist dagegen einmal dort gegeben, wo den Aufsichtsbehörden direkte Eingriffsbefugnisse zustehen. Wenn diese auch nicht dazu ermächtigen, den Inhalt eines Geschäfts positiv zu bestimmen, so berechtigen sie doch das Bundesaufsichtsamt, den Abschluß oder die Durchführung ordnungswidriger Verträge einzelner Kreditinstitute zu verhindern.

Jene Tatbestände, bei denen nur indirekte Einwirkungsrechte des Aufsichtsamtes bestehen, sind ebenfalls dem Kreis der durch § 102 GWB begünstigten Geschäfte zuzurechnen. Zwar haben die Aufsichtsorgane in den Fällen des § 6 Abs. 2 KWG wie bei den formellen Aufsichtsrechten keine reglementierende oder gestaltende, also hoheitliche Befugnisse. Doch gestatten die im Rahmen dieser Aufsicht gegebenen Maßnahmen gleichfalls eine gewisse Pflege des Wettbewerbsgedankens. So kann das Bundesaufsichtsamt durch das Gewicht seiner Stellung als Aufsichtsorgan in Verbindung mit seiner Pflicht, notfalls gesetzgeberische Maßnahmen zu veranlassen, die Kreditinstitute durch Korrespondenz und Unterredung zu einer wettbewerbsfreundlicheren Ausgestaltung einzelner Geschäfte bestimmen. Der Gesetzgeber ist offensichtlich selbst von der Wirksamkeit solcher mittelbaren Einflußnahmen des Bundesaufsichtsamtes ausgegangen, andernfalls hätte er dem Bundesaufsichtsamt zur Erfüllung der im Rahmen der Aufsicht nach § 6 Abs. 2 KWG zu wahrenden wirtschafts- und bankpolitischen Aufgaben hoheitliche Aufsichtsmittel in die Hand gegeben. Wenn aber die im Rahmen des § 6 Abs. 2 KWG gegebenen indirekten Einwirkungsrechte ausreichen, die gesamtwirtschaftliche Funktionsfähigkeit des Kreditgewerbes zu sichern, so genügen sie auch den Anforderungen, die nach dem Willen des Gesetzgebers an die Überwachungstatbestände im Sinne des § 102 GWB zu stellen sind, nämlich „eine gewisse Pflege des Wettbewerbsgedankens im Kreditwesen“ zu ermöglichen. Wollte man im übrigen nur einen Zusammenhang mit direkten Einwirkungsrechten genügen lassen, so bliebe die Privilegierung durch § 102 GWB auf Einlagen- und Kreditgeschäfte sowie auf die Werbung beschränkt. Aus den Gesetzesmaterialien⁹³⁾ ergibt sich jedoch nichts für eine auf diese Geschäfte beschränkte Freistellung der Kreditwirtschaft. Es ist mithin zunächst festzuhalten, daß § 102 Abs. 1 S. 1 GWB die Kreditwirtschaft insoweit vom Kartellverbot befreit, als ein Zusammenhang mit materiellen, sowohl direkten als auch indirekten Aufsichtsbefugnissen besteht. Formelle Aufsichtstatbestände gehören dagegen nicht zum begünstigten Geschäftsbereich.

⁹³⁾ Bt.-Drucks. II/1158 Anl. 1 S. 47, Anl. 2 zu § 76, Anl. 3 Nr. 30; II/3644 zu §§ 76 und 76a

2. 2222 1 Banktypische Geschäfte der Kreditinstitute

Die materiellen Aufsichtstatbestände im vorstehend dargelegten Sinne werden ausschließlich durch § 6 Abs. 1 und 2 KWG bestimmt. Gliedert man die Gesamtgeschäftstätigkeit der Kreditinstitute in banktypische und bankfremde Geschäfte, so unterliegen jedenfalls alle Bankgeschäfte im Sinne des § 1 KWG und die Werbung, soweit sie sich auf diese Tätigkeit bezieht, der Aufsicht. Dies folgt schon generell aus dem Aufsichtstatbestand des § 6 Abs. 2 Nr. 2 KWG, wonach das Bundesaufsichtsamt allen Mißständen entgegenzuwirken hat, die die ordnungsmäßige Durchführung der Bankgeschäfte beeinträchtigen. Somit sind alle Wettbewerbsbeschränkungen, die mit einem Bankgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1—9 KWG im Zusammenhang stehen, von den Rechtsfolgen der §§ 1 und 15 GWB freigestellt.

2. 2222 2 Bankfremde Geschäfte der Kreditinstitute

Da Unternehmen, die Bankgeschäfte betreiben, auch hinsichtlich ihres bankfremden Tätigkeitsbereichs Kreditinstitute im Sinne des Kreditwesengesetzes sind, könnten nach dem Wortlaut des § 102 Abs. 1 S. 1 GWB auch kartellwidrige Abmachungen mit Bezug auf bankfremde Geschäfte von den §§ 1 und 15 GWB freigestellt sein, wenn auch diese Geschäfte der materiellen Bankaufsicht unterliegen. Es könnten dann Unternehmen, die in der Hauptsache nicht bankwirtschaftlich tätig sind, durch die Angliederung organisatorisch selbständiger Bankabteilungen oder allgemein durch Aufnahme von einzelnen Bankgeschäften, beispielsweise durch die Ausgestaltung der Kreditgewährung zu einem Bankgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 KWG oder durch Aufnahme des Garantiegeschäfts im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 8 KWG erreichen, unter den Voraussetzungen des § 102 Abs. 1 GWB auch die Freistellung aller übrigen Geschäfte von den Kartellverböten zu erlangen.

Als Rechtsgrundlage für materielle Aufsichtsbefugnisse über bankfremde Geschäfte der Kreditinstitute könnte zunächst die Vorschrift des § 11 KWG in Betracht kommen, wonach die Aufsichtsorgane über eine ausreichende Zahlungsbereitschaft der Kreditinstitute zu wachen haben. Nun wird zwar wie durch jedes andere auch durch ein bankfremdes Geschäft die Liquidität eines Kreditinstituts berührt, jedoch unterliegt nicht schon deswegen jedes bankfremde Geschäft der materiellen Aufsicht. Das Bundesaufsichtsamt hat im Rahmen des § 11 KWG darauf zu achten, daß jedes Kreditinstitut über ausreichende flüssige Mittel verfügt, um seine Gläubiger jederzeit befriedigen zu können. Es beurteilt die Zahlungsbereitschaft nach im Bundesanzeiger zu veröffentlichenden Liquiditätsgrundsätzen⁹⁴⁾. Die Aufsichtstätigkeit erschöpft sich in einer Prüfung der Bilanzen und Monatsausweise unter Gesichtspunkten, wie sie für die Liquiditätsrichtsätze von Bedeutung sind. Erst wenn ein einzelnes Kreditinstitut die Liquiditätsrichtsätze nicht

⁹⁴⁾ Bekanntmachung Nr. 1/62 d. BAA vom 8. 3. 1962 (BAnz. Nr. 53) in der Fassung der Bekanntmachung Nr. 1/64 vom 25. 8. 1964 (BAnz. Nr. 161)

eingehalten hat, kann das Bundesaufsichtsamt gegen dieses Unternehmen vorgehen. Solange sich jedoch das Institut im Rahmen der Liquiditätsrichtsätze hält, handelt es hinsichtlich des einzelnen Geschäfts in völliger Freiheit. Aber selbst bei Überschreiten der Richtsätze unterliegen mit Ausnahme der Anschaffungsgeschäfte in Grundstücken, Gebäuden und Beteiligungen die einzelnen Geschäfte als solche nicht der materiellen Aufsicht, sondern das Bundesaufsichtsamt kann in diesem Falle nach § 45 Abs. 1 S. 1 KWG nur Entnahmen durch die Inhaber oder Gesellschafter, die Ausschüttung von Gewinnen und die Gewährung von Krediten untersagen oder beschränken. Das einzelne bankfremde Geschäft ist somit, obgleich es von Einfluß auf die Liquiditätsstruktur ist, wegen der besonderen Ausgestaltung der Aufsicht nach § 11 KWG nicht einer Überwachung unterworfen, wie sie § 102 Abs. 1 S. 1 GWB fordert.

Außer auf Grund der Vorschrift des § 11 KWG könnten bankfremde Geschäfte nach § 6 Abs. 2 in Verbindung mit § 46 KWG der Aufsicht unterliegen, wenn durch sie die Sicherheit der den Kreditinstituten anvertrauten Vermögenswerte gefährdet wird. Bei gelegentlichen bankfremden Geschäften, wie etwa vereinzelt Transaktionen außerhalb der Bankgeschäfte oder dem Kauf von Gegenständen des Bürobedarfs, treten in aller Regel Mißstände im Sinne dieser Bestimmung nicht auf. Damit fallen solche Geschäfte auch nicht unter den Aufsichtstatbestand des § 6 Abs. 2 KWG. Eine Gefährdung anvertrauter Vermögenswerte ist vielmehr nur bei einem geschäftsmäßigen Betreiben solcher bankfremder Geschäfte zu erwarten, die besondere Risiken mit sich bringen, ferner auch bei der Aufnahme eines neuen Geschäftszweigs mit noch unbekannten Risiken⁹⁵⁾. Die in diesem Fall nach § 46 Abs. 1 KWG zu treffenden Maßnahmen stellen weitgehende Eingriffe in die gesamte Geschäftsführung dar, die bis zum Erlaß besonderer Anweisungen für die Geschäftsführung des Kreditinstituts reichen. In diesem schmalen Bereich unterliegen bankfremde wettbewerbserhebliche Tatbestände der Aufsicht nach dem Kreditwesengesetz. Damit könnten die mit ihnen in Zusammenhang stehenden Wettbewerbsbeschränkungen dem Wortlaut des § 102 Abs. 1 S. 1 GWB nach freigestellt werden.

Diese rechtliche Möglichkeit entfällt nicht schon deshalb, weil das Betreiben von Bankgeschäften nach § 32 KWG der schriftlichen Erlaubnis des Bundesaufsichtsamtes bedarf, denn es besteht ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Erlaubnis⁹⁶⁾, wenn nicht einer der Versagungsgründe des § 33 KWG vorliegt. Danach darf eine Versagung nur bei Fehlen der erforderlichen Mittel sowie der Zuverlässigkeit und fachlichen Eignung der Inhaber oder Geschäftsleiter erfolgen. Nach allgemeiner Meinung⁹⁷⁾ braucht aber selbst bei Vorliegen

⁹⁵⁾ Szagunn in Szagunn-Neumann KWG § 6 Anm. 18

⁹⁶⁾ BVerwG Urt. v. 10. 7. 1958 in NJW 1959, 590

⁹⁷⁾ Begrddg. zu § 33 RegE. Bt.-Drucks. III/1114; Consbruch-Möller KWG § 33 Anm. 2; Schönle in Zimmerer-Schonle KWG § 33 Anm. 3; Szagunn in Szagunn-Neumann KWG § 33 Anm. 2

einer oder mehrerer dieser Versagungsgründe die Erlaubnis dann nicht verweigert zu werden, wenn dies sachlich gerechtfertigt ist. So wäre es beispielsweise sachlich nicht erforderlich, daß alle Geschäftsleiter eines Industrieunternehmens, das Bankgeschäfte betreiben will, zur Leitung eines Kreditinstituts fachlich befähigt sind⁹⁸⁾.

Die Freistellung bankfremder Geschäfte ließe sich auch nicht durch Befreiungen von der Einhaltung bestimmter Vorschriften gemäß § 31 KWG ausschließen. Die Kreditinstitute können nach dieser Bestimmung ganz überwiegend nur von formellen Aufsichtstatbeständen, wie Anzeigepflichten und der Pflicht zur Einreichung von Monatsausweisen, befreit werden, jedenfalls nicht von solchen Tatbeständen, aus denen sich im wesentlichen ein Übergreifen materieller Aufsichtsbefugnisse auf den bankfremden Geschäftsbereich ableiten läßt. Eine teilweise Freistellung von der materiellen Aufsicht ließe sich nur über eine generelle Befreiung im Einzelfall gemäß § 2 Abs. 4 KWG erreichen, wenn die Geschäfte der einzelnen Unternehmung ihrer Art nach nicht der Aufsicht bedürfen. Zwar bleiben auch hier noch die Aufsichtsbefugnisse im Einlagen- und Kreditgeschäft sowie in der Werbung bestehen. Doch wären jedenfalls alle übrigen Geschäfte einschließlich der bankfremden aus dem Kreis der durch § 102 Abs. 1 S. 1 GWB begünstigten ausgenommen.

Abgesehen von diesem praktischen Lösungsweg ist es überhaupt zweifelhaft, ob nach dem Zweck der Sonderregelung bankfremde Geschäfte vom Kartellverbot befreit sind. Der Gesetzgeber hat die Kreditwirtschaft im Hinblick auf die bestehende Fachaufsicht aus dem allgemeinen Kartellverbot herausgenommen. Er hat damit den funktionellen Zusammenhang der bankgeschäftlichen Tätigkeit mit der Währungsordnung und die dadurch bedingten besonderen Wettbewerbsverhältnisse in der Kreditwirtschaft berücksichtigen wollen. Diese besondere Wettbewerbssituation besteht aber nicht, soweit die Kreditinstitute im bankfremden Bereich tätig werden. Hier treten sie wie jeder andere Marktteilnehmer auf. Aus den Materialien ist nicht ersichtlich, daß der Gesetzgeber sie insoweit nicht auch wie jeden anderen Teilnehmer behandeln wollte.

Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich daneben aus folgender Überlegung. In dem zur Zeit des Erlasses des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen geltenden Kreditwesengesetz war der Begriff Kreditinstitut noch nicht so eindeutig normativ bestimmt, wie dies nach dem neuen Gesetz der Fall ist. Er war vielmehr durch ein dem Wirtschaftsleben entnommenes betriebswirtschaftliches Leitbild mitgeprägt. Das Leitbild eines Kreditinstituts war ein Unternehmen, dessen Geschäftstätigkeit auf das Betreiben von Bankgeschäften gerichtet war und das bankfremde Geschäfte nur insoweit tätigte, als sie der Schaffung der verwaltungsmäßigen Voraussetzungen für die Durchführung der Bankgeschäfte dienten. Unternehmen, die Bankgeschäfte nur als Nebengeschäfte betrieben, gehörten nicht zu diesem Leitbild. Einem

⁹⁸⁾ Szagunn in Szagunn-Neumann KWG § 33 Anm. 2

so verstandenen Begriff Kreditinstitut folgte auch der Gesetzgeber, als er den Bereich der freistellbaren Geschäfte durch die Formulierung des § 102 Abs. 1 S. 1 GWB festlegte. Es ist somit festzuhalten, daß die von Szagunn und Consbruch-Möller⁹⁹⁾ vorgenommene Abgrenzung der freigestellten Geschäfte zu eng, die von Pollems¹⁰⁰⁾ dagegen zu weit gefaßt ist, denn alle bankfremden Geschäfte sind von der Befreiung ausgeschlossen. Kreditinstitute sind also nur hinsichtlich ihrer Bankgeschäfte begünstigt, insoweit allerdings in vollem Umfang.

2. 2222 3 Nichteigentümliche Bankgeschäfte im Sinne des § 2 Abs. 3 KWG

Einer besonderen Abgrenzung bedürfen die Bankgeschäfte der in § 2 Abs. 1 Nr. 5—9 KWG genannten Unternehmensgruppen, nämlich private und öffentlich-rechtliche Versicherungsunternehmen und Bausparkassen, gemeinnützige Wohnungsunternehmen, Organe der staatlichen Wohnungspolitik und Unternehmen des Pfandleihgewerbes. Der Gesetzgeber unterscheidet die von diesen Institutsgruppen betriebenen Bankgeschäfte in eigentümliche und nichteigentümliche. Nur für solche Bankgeschäfte dieser Unternehmen, „die nicht zu den ihnen eigentümlichen Geschäften gehören“, gelten die Vorschriften des Kreditwesengesetzes¹⁰¹⁾. Die eigentümlichen Bankgeschäfte unterliegen dagegen nicht der Bankaufsicht. Daher können wettbewerbsbeschränkende Abmachungen dieser Unternehmungen auch nur dann Wirksamkeit erlangen, wenn sie im Zusammenhang mit deren nichteigentümlichen Bankgeschäften stehen. Entsprechend der unterschiedlichen typischen Geschäftstätigkeit jeder der betreffenden Unternehmensgruppen fallen verschiedene Geschäfte in den Kreis der begünstigten Tätigkeiten.

Bei den Versicherungsunternehmen hat sich die Anlage der durch Prämienzahlungen eingegangenen, langfristig verfügbaren Geldmittel in Gelddarlehen zu einer geschäftlichen Betätigung mit vollkaufmännischem Umfang entwickelt. Dieses Anlagegeschäft ist ein Kreditgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 KWG, das zu den eigentümlichen Bankgeschäften der Versicherungsunternehmen gehört¹⁰²⁾. Als solches unterliegt es nicht den Vorschriften des Kreditwesengesetzes und ist daher auch nicht, jedenfalls nicht auf diesem Wege, zu dem durch § 102 GWB begünstigten Geschäftsbereich zu rechnen. Die in § 2 Abs. 2 KWG statuierte Meldepflicht gilt nur für Millionenkredite¹⁰³⁾ und ist als formelle Aufsichtsbefugnis unter diesem Aspekt unerheblich.

Andere Bankgeschäfte der Versicherungsunternehmen sind nichteigentümliche Bankgeschäfte im Sinne des § 2 Abs. 3 KWG. Sie fallen als solche

⁹⁹⁾ Szagunn in Szagunn-Neumann KWG Anh. § 23 Anm. 3; Consbruch-Möller KWG § 23 Anm. 11

¹⁰⁰⁾ Pollems in GemK. § 102 Anm. 8

¹⁰¹⁾ § 2 Abs. 3 KWG

¹⁰²⁾ Begrddg. zu § 2 RegE. Bt.-Drucks. III/1114; Schönle in Zimmerer-Schönle KWG § 2 Anm. 6; Szagunn in Szagunnn-Neumann KWG § 2 Anm. 29

¹⁰³⁾ § 14 KWG

unter die Vorschriften des Kreditwesengesetzes. So ist die Annahme von Einlagen wie auch die geschäftsmäßige Übernahme von Garantien und Bürgschaften für andere durch Versicherungsunternehmen grundsätzlich zu den nichteigentümlichen Geschäften von Versicherungsunternehmen zu rechnen.

Die bankmäßige Geschäftstätigkeit der Bausparkassen, für die gemäß § 102 Abs. 3 GWB die Sonderregelung des § 102 Abs. 1 und 2 GWB ebenfalls gilt, besteht in der Annahme planmäßiger Sparleistungen von Bausparern und in der Gewährung von Bauspardarlehen an diese Sparer. Diese Geschäfte fallen unter § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 KWG und bleiben im Rahmen der den Bausparkassen eigentümlichen Bankgeschäfte, die als solche nicht der Bankaufsicht unterworfen sind, außer es handelt sich um unselbständige Bausparabteilungen öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, die als Teil des gesamten Unternehmens nicht von dessen aufsichtsrechtlicher Behandlung zu trennen sind. Mit allen übrigen Bankgeschäften unterliegen auch die privaten und öffentlich-rechtlichen Bausparkassen dem Kreditwesengesetz. So hat sich in der Praxis gezeigt, daß insbesondere die privaten Bausparkassen Spargelder und sonstige Einlagen außerhalb der Bausparverträge hereinnehmen¹⁰⁴⁾. Die Beaufsichtigung dieses Depositengeschäfts durch das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen ist bereits durch Beschluß der Bankaufsichtsbehörden vom 11./12. Februar 1960 geregelt¹⁰⁵⁾. Daneben gewähren die Bausparkassen bereits vor Zuteilung des Bausparvertrages zweistellig gesicherte Hypothekendarlehen, die sogenannten Sofortdarlehen, und erteilen Bürgschaften zugunsten von Kreditnehmern anderer Kreditinstitute.

Gemeinnützige Wohnungsunternehmen übernehmen im Rahmen ihrer baubetreuenden Tätigkeit die Vor- und Zwischenfinanzierung von Bauvorhaben Dritter. Daneben werden Gelder ihrer Mitglieder oder Gesellschafter als Einlagen angenommen. Es handelt sich bei diesen Geschäften um Bankgeschäfte nach § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KWG, die ihnen jedoch entsprechend dem Geschäftszweck der Unternehmen eigentümlich sind¹⁰⁶⁾. Das über die gemeinnützigen Wohnungsunternehmen Gesagte gilt entsprechend für die anerkannten Organe der staatlichen Wohnungspolitik, wenn sie nicht „überwiegend Bankgeschäfte betreiben“¹⁰⁷⁾, der bankgeschäftliche Teil der Geschäftstätigkeit also nur die Bedeutung eines Nebengeschäfts hat¹⁰⁸⁾. Andere als die genannten Bankgeschäfte sind nichteigentümliche und unterliegen damit dem Kreditwesengesetz. Dies gilt insbesondere vom Spar- und Depositen-

¹⁰⁴⁾ Schönle in Zimmerer-Schönle KWG § 2 Anm. 7

¹⁰⁵⁾ Abgedr. bei Consbruch-Möller KWG-Texte 4.31; auch Schreiben des Bundesaufsichtsamtes vom 22. 7. 1963, abgedr. bei Reischauer-Kleinhans KWG § 2 Anm. 31

¹⁰⁶⁾ Consbruch-Möller KWG § 2 Anm. 8; Reischauer-Kleinhans § 2 Anm. 34; Szagunn in Szagunn-Neumann KWG § 2 Anm. 46

¹⁰⁷⁾ § 2 Abs. 1 Nr. 8 KWG

¹⁰⁸⁾ Zur Abgrenzung siehe Reischauer-Kleinhaus KWG § 2 Anm. 38; Szagunn in Szagunn-Neumann KWG § 2 Anm. 52

geschäft dieser Unternehmen, auch wenn die Gelder von Mitgliedern oder Gesellschaftern eingelegt werden¹⁰⁹⁾. Über diese Geschäfte wird eine Bankaufsicht auch tatsächlich ausgeübt. Art und Umfang dieser Aufsicht sind durch den Beschluß der Bankaufsichtsbehörden vom 25./26. Oktober 1956 geregelt¹¹⁰⁾.

Die Pfandleiher gewähren Gelddarlehen gegen Verpfändung von beweglichen Sachen. Dieses ihnen eigentümliche Geschäft ist ein Bankgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 2 KWG, mit dem sie jedoch nicht dem Kreditwesengesetz unterliegen¹¹¹⁾. Betreiben sie über dieses typische Geschäft ihres Gewerbes hinaus andere Bankgeschäfte, geben sie beispielsweise Kredite gegen Sicherungsübereignungen von Gegenständen und Warenlagern oder nehmen sie fremde Gelder als Einlagen herein, so fallen sie mit diesem Teil ihres Geschäfts nach § 2 Abs. 3 KWG unter die Vorschriften des Kreditwesengesetzes¹¹²⁾.

Die kartellrechtlichen Folgen der unterschiedlichen Behandlung von eigentümlichen und nichteigentümlichen Bankgeschäften treten bei Versicherungsunternehmen und Bausparkassen praktisch nicht in Erscheinung. Nach § 102 Abs. 1 S. 1 GWB sind auch Wettbewerbsbeschränkungen im Zusammenhang mit Aufsichtstatbeständen nach dem Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen und Bausparkassen von der Unwirksamkeitsfolge der §§ 1 und 15 GWB freigestellt. Diese Befreiung gilt gemäß § 102 Abs. 3 GWB daneben auch für die in § 148 VAG genannten Unternehmen und für die öffentlich-rechtlichen Bausparkassen. Nach § 81 VAG besteht eine umfassende Aufsicht über die gesamte Geschäftstätigkeit der Versicherungsunternehmen¹¹³⁾ und privaten Bausparkassen¹¹⁴⁾. Das Aufsichtsrecht schließt eigentümliche wie nichteigentümliche Bankgeschäfte ein. Bausparkassen und Versicherungsunternehmen sind daher nicht nur hinsichtlich solcher Wettbewerbsbeschränkungen, die im Zusammenhang mit nichteigentümlichen Bankgeschäften stehen, vom Kartellverbot befreit. Da

¹⁰⁹⁾ Consbruch-Möller KWG § 2 Anm. 8; a. M. Szagunn in Szagunn-Neumann KWG § 2 Anm. 46; Reischauer-Kleinhans § 2 Anm. 34

¹¹⁰⁾ Abgedr. bei Consbruch-Möller KWG-Texte 4.25; auch Schreiben des Bundesaufsichtsamtes vom 4. 2. 1963 abgedr. bei Reischauer-Kleinhans KWG § 2 Anm. 41

¹¹¹⁾ § 2 Abs. 1 Nr. 9

¹¹²⁾ Reischauer-Kleinhans KWG § 2 Anm. 47; Schönle in Zimmerer-Schönle KWG § 2 Anm. 10; Szagunn in Szagunn-Neumann KWG § 2 Anm. 59

¹¹³⁾ Gemäß § 1 VO vom 28. 2. 1943 (RGBl. 133) i. V. mit § 1 DVO vom 22. 6. 1943 (RGBl. 363) unterliegen auch die öffentlich-rechtlichen Versicherungsunternehmen dem VAG; Szagunn in Szagunn-Neumann KWG § 2 Anm. 29 ist der Ansicht, diejenigen öffentlich-rechtlichen Versicherungsunternehmen, die nicht „Wettbewerbsunternehmen“ sind, also die „Monopolversicherungsunternehmen“, unterständen nicht dem VAG. Er verweist zur Begründung auf § 2 Abs. 3 BAG. Die Vorschrift ist jedoch nur eine Zuständigkeitsnorm. Daß auch diese Unternehmen dem VAG unterliegen, ergibt sich aus § 1 Abs. 1 DVO vom 22. 6. 1943. Vgl. Prölss, BAG Zusatz zu § 5 BAG Anm. 1c

¹¹⁴⁾ § 112 Abs. 1 VAG

die Versicherungsaufsicht auch die eigentümlichen Bankgeschäfte dieser Unternehmen umfaßt, sind kartellwidrige Abmachungen in diesem Geschäftsbereich gleichfalls freigestellt. Der Umstand, daß einzelne Geschäfte neben der Versicherungs- noch der Bankaufsicht unterliegen, begründet mithin nur eine zweite Freistellungsmöglichkeit für diese Geschäfte. Anders verhält es sich mit den gemeinnützigen Wohnungsunternehmen, den anerkannten Organen der staatlichen Wohnungspolitik mit nicht überwiegendem Bankgeschäft und den Pfandleihern. Da diese nicht wie Versicherungsunternehmen und Bausparkassen bereits durch andere Vorschriften begünstigt worden sind, wird ihnen als Folge ihrer Unterstellung unter das Kreditwesengesetz eine besondere, sachlich auf den Bereich der nichtigentümlichen Bankgeschäfte beschränkte Befreiung gewährt.

2. 2222 4 Der Begriff „Zusammenhang“ im Sinne des § 102 Abs. 1 S. 1 GWB

Dieser vorstehend abgegrenzte, ausschließlich auf die Bankgeschäfte der oben genannten Unternehmen beschränkte Bereich freigestellter Geschäfte wird noch durch die weite Fassung des § 102 Abs. 1 S. 1 GWB in gewisser Weise erweitert. Nach der Formulierung „Wettbewerbsbeschränkungen im Zusammenhang mit Tatbeständen, die ...“ sind die §§ 1 und 15 GWB nicht nur auf die in den materiellen Aufsichtstatbeständen umschriebenen Sachverhalte unanwendbar, sondern auch auf die im Zusammenhang mit diesen stehenden Wettbewerbsbeschränkungen. Diese Erweiterung war deswegen erforderlich, weil Bankgeschäfte betreffende Abmachungen im Sinne der §§ 1 und 15 GWB allein wegen ihrer wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen jedenfalls in der Regel noch keinen der Aufsichtstatbestände des Kreditwesengesetzes erfüllen. Das Kreditwesengesetz will die allgemeine Ordnung und die Funktionsfähigkeit des Kreditwesens gewährleisten und die Gläubiger vor Verlusten schützen. Die Vorschriften dieses Gesetzes haben nicht die Erhaltung oder gar Förderung des Wettbewerbs auf dem Bankenmarkt zum Ziel. Sie schließen ihn teilweise sogar aus, wie die Befugnis zur hoheitlichen Festsetzung einheitlicher Konditionen im Einlagen- und Kreditgeschäft gemäß § 23 Abs. 1 KWG zeigt. Die Auslegung des Begriffs „Zusammenhang“ hat aus dem Sinn und Zweck der in § 102 Abs. 1 S. 1 GWB getroffenen Abgrenzung zu erfolgen. Der Gesetzgeber wollte die Kreditwirtschaft nicht gänzlich vom Kartellverbot befreien, sondern die Privilegierung auf solche Sachverhalte begrenzen, die der materiellen Bankaufsicht unterliegen. Diese durch die Bezugnahme auf die Aufsichtstatbestände geschaffene Begrenzung würde aufgelöst, wenn man jeden, auch einen nur entfernten Zusammenhang mit Aufsichtstatbeständen genügen ließe. Eine solche Auslegung wäre nach der Zielsetzung des Kartellgesetzes und nach den der Ausnahmeregelung zugrunde liegenden Überlegungen nicht gerechtfertigt.

Ein „Zusammenhang“ mit einem Bankgeschäft im Sinne des § 102 Abs. 1 S. 1 GWB besteht dann, wenn eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung sich unmittelbar auf den Inhalt und die Abwicklung des Geschäfts bezieht,

wie insbesondere Abmachungen über einheitliche Konditionen. Diese Unmittelbarkeit ist ferner beispielsweise im Kreditgeschäft bei Vereinbarungen über einheitliche Richtlinien für Kreditaktionen an einzelne Gruppen, wie freie Berufe, gewerblicher Mittelstand, Handwerk, Handel und Gewerbe, die die Darlehenshöhe, Verzinsung, Provisionen und Laufzeit festlegen, wie auch bei Abmachungen über den einheitlichen Gebrauch von Musterschuldurkunden für bestimmte Kredite gegeben. Abreden über einheitliche Richtlinien für Dokumenten-Akkreditive sowie für die Ausführung einzelner Dienstleistungsgeschäfte, wie zur bargeldlosen Lohn- und Gehaltszahlung, zur Regelung des Inkassoverfahrens und andere, dienen gleichfalls direkt der inhaltlichen Gestaltung und Abwicklung. Auch Abmachungen über bestimmte Sonderbedingungen für einzelne Geschäftsvorfälle, wie beispielsweise für Auslandsgeschäfte in Wertpapiaren, für Anderkonten und Anderdepots, beziehen sich unmittelbar auf Inhalt oder Abwicklung der betreffenden Geschäfte. Ein nur mittelbarer Zusammenhang zwischen der wettbewerbsbeschränkenden Absprache und einem Bankgeschäft reicht jedenfalls nicht aus. So dürfte beispielsweise die Empfehlung des Zentralen Kreditausschusses über Beschränkungen bei der Errichtung von Zweigstellen¹¹⁵⁾, die praktisch die verfassungsrechtlich unzulässige Bedürfnisprüfung ersetzt, nicht durch § 102 Abs. 1 S. 1 GWB gedeckt sein.

2. 223 Tatbestände der Sonderaufsicht

Ein Teil der Kreditinstitute im Sinne des § 1 Abs. 1 KWG unterliegt einer besonderen staatlichen Aufsicht, die gemäß § 52 Abs. 1 KWG neben der Aufsicht durch das Bundesaufsichtsamt besteht. Hierbei handelt es sich einerseits um eine Anstaltsaufsicht, so bei den öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten¹¹⁶⁾, andererseits um eine Fachaufsicht, so für Hypotheken- und Schiffspfandbriefbanken¹¹⁷⁾. Obwohl es sich bei der zuletzt genannten Aufsicht wie bei der Aufsicht nach dem Kreditwesengesetz um eine Fachaufsicht handelt, die seit dem 1. 1. 1962 durch das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen ausgeübt wird¹¹⁸⁾, und obwohl der Zweck dieser Gesetze dem des Kreditwesengesetzes entspricht und auch die Erwägungen des Gesetzgebers, die zur Vorschrift des § 102 Abs. 1 S. 1 GWB geführt haben, in gleicher Weise auf diese Unternehmen zutreffen, sind die Aufsichtstatbestände nach dem Hypothekensbank- und Schiffsbankgesetz als solche nicht nach § 102 GWB privilegiert. Dies ergibt sich aus dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 102 Abs. 1 S. 1 GWB, der allein auf Aufsichtstatbestände nach dem Kreditwesengesetz abstellt. Da aber Hypotheken- und Schiffspfandbriefbanken Kreditinstitute im Sinne des § 1 KWG sind und gemäß § 52 Abs. 1

¹¹⁵⁾ Tätigkeitsbericht 1960 S. 37

¹¹⁶⁾ bei öffentlich-rechtlichen Sparkassen aufgrund landesrechtlicher Vorschriften, bei anderen öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten aufgrund ihrer Satzungen

¹¹⁷⁾ §§ 3, 4 HypBG, 3, 4 SchiffBG

¹¹⁸⁾ § 52 Abs. 2 KWG i. V. mit §§ 3 HypBG, 3 SchiffBG

KWG neben der Sonderaufsicht auch der Aufsicht nach dem Kreditwesengesetz unterliegen, sind sie doch nach § 102 GWB privilegiert, und zwar insoweit, als ihre Geschäftstätigkeit vom Kreditwesengesetz erfaßt wird. Spezielle Aufsichtstatbestände nach dem Hypothekendarlehenbankgesetz und Schiffsbankgesetz bleiben unberücksichtigt. Sofern also Tatbestände nur aufgrund weitergehender materieller Befugnisse der Sonderaufsicht einer materiellen Aufsicht durch das Bundesaufsichtsamt unterworfen sind, sind kartellwidrige Absprachen im Zusammenhang mit diesen Tatbeständen nicht gemäß § 102 GWB freigestellt.

Solche über die Aufsichtsbefugnisse nach dem Kreditwesengesetz hinausgehende Sonderaufsichtstatbestände bestehen nach dem Hypothekendarlehenbank- und Schiffsbankgesetz insofern, als sich die Aufsicht durch das Bundesaufsichtsamt auf den ganzen Geschäftsbetrieb der Institute erstreckt¹¹⁹⁾. Der Bankenaufsicht unterliegen also nicht nur, wie bei den Geschäftsbanken, die banktypischen, sondern auch die bankfremden Geschäfte. So ist die Aufsichtsbehörde beispielsweise befugt, einzelne riskante bankfremde Geschäfte, durch die die Erfüllung der Ansprüche der Pfandbriefgläubiger gefährdet werden könnte, zu untersagen. Daneben sind zwei besondere Genehmigungstatbestände geschaffen worden. Jede Hypothekendarlehen- oder Schiffsbank hat eine Anweisung über die Ermittlung des Beleihungswertes des Grundstückes oder Schiffes zu erlassen¹²⁰⁾, in der zu bestimmen ist, wie der Verkaufswert, die dauernden Eigenschaften, der nachhaltige Ertrag des Beleihungsobjekts zu ermitteln und wie die Schätzer zu bestellen sind und in welchen Fällen von einer Schätzung abgesehen werden kann. Außerdem sind die Grundzüge der Bedingungen für die hypothekarischen Darlehen von den Instituten aufzustellen¹²¹⁾, die dann in die Schuldurkunden zu übernehmen sind¹²²⁾. Die Anweisung wie auch die Grundzüge bedürfen der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde.

Eine Erweiterung des freigestellten Geschäftsbereichs wäre durch die Aufnahme dieser Sonderaufsichtstatbestände nicht eingetreten. Die beiden letztgenannten Tatbestände betreffen besondere Erscheinungen des Kreditgeschäfts der Hypothekendarlehenbanken, das als Bankgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 2 KWG bereits zum Kreis der begünstigten Geschäfte gehört. Die durch die Generalklausel zusätzlich geschaffene Aufsicht über alle bankfremden Geschäfte der Hypothekendarlehenbanken bliebe wegen der gebotenen einschränkenden Auslegung des § 102 Abs. 1 S. 1 GWB¹²³⁾ bedeutungslos.

¹¹⁹⁾ §§ 4 HypBG, 3 S. 2 SchiffBG

¹²⁰⁾ §§ 13 HypBG, 13 SchiffBG

¹²¹⁾ §§ 15 HypBG, 15 SchiffBG

¹²²⁾ Eine Musterurkunde ist vom Verband privater Hypothekendarlehenbanken e. V. im Einvernehmen mit dem Bundesminister der Justiz erarbeitet worden. Abgedr. in Barlet-Karding-Fleischmann, HypBG, Anhang 11

¹²³⁾ siehe oben S. 25 ff

3. Die Meldung als formelle Voraussetzung der Freistellung

3. 1 Wirkungen der Meldung

Der Gesetzgeber hat die Freistellung von Wettbewerbsbeschränkungen je nach deren kartellrechtlichen Charakter an unterschiedliche, formelle Voraussetzungen geknüpft. Vertikale Kartellvereinbarungen¹²⁴⁾, wie Zins- und Bedingungsbindungen der weiterleitenden Kreditinstitute durch ein zentrales Kreditinstitut bei durchlaufenden Krediten und zweckgebundenen Geldern im Rahmen gezielter Kreditaktionen — Lastenausgleich, Grüner Plan, Förderung des Handwerks und Mittelstandes — sind ohne weiteres zulässig. Das Kartellverbot des § 1 GWB gilt dagegen für wettbewerbsbeschränkende Verträge und Beschlüsse von Kreditinstituten und deren Vereinigungen nur dann nicht, wenn sie der zuständigen Aufsichtsbehörde gemeldet worden sind¹²⁵⁾. Nach allgemeiner Meinung¹²⁶⁾ besteht eine Pflicht zur Meldung von wettbewerbsbeschränkenden Verträgen und Beschlüssen nicht. Dies folgt aus dem Wortlaut der Vorschrift und aus dem Umstand, daß das Unterlassen der Meldung nach § 102 Abs. 1 S. 2 GWB nicht als Ordnungswidrigkeit in § 39 Abs. 1 Nr. 2 GWB genannt ist¹²⁷⁾. Unterbleibt die Meldung, so gilt die Unwirksamkeitsfolge des § 1 uneingeschränkt auch für die Kreditwirtschaft, allerdings mit der Besonderheit, daß die Verträge oder Beschlüsse nur schwebend unwirksam sind¹²⁸⁾, da die Meldung wegen Fehlens einer Befristung jederzeit nachgeholt werden kann. Die Meldung ist mithin ihrer rechtlichen Bedeutung nach Voraussetzung für die Wirksamkeit wettbewerbsbeschränkender Abmachungen. Wie sich aus der Formulierung des Satzes „... gemeldet worden sind“ und aus dem Zweck der Meldung, die Mißbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt zu sichern, ergibt, werden die Verträge und Beschlüsse mit dem Eingang der Meldung bei der Aufsichtsbehörde wirksam¹²⁹⁾. Im übrigen entspricht dies dem allgemeinen Rechtsgrundsatz des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB.

Befolgt ein Kreditinstitut vor der Meldung die kartellwidrige Abrede, so handelt es objektiv ordnungswidrig und kann wie jedes Unternehmen gemäß § 38 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1 GWB mit einer Geldbuße belegt werden,

¹²⁴⁾ § 15 GWB

¹²⁵⁾ § 102 Abs. 1 S. 1 i. V. mit S. 2 GWB

¹²⁶⁾ BKA Schr. v. 2. 8. 1961 WuW/E 379; Starck BB 1961, 888; Gleiss/Pollems in GemK. § 102 Anm. 10 mit weiteren Nachweisen

¹²⁷⁾ Gleiss/Pollems in GemK. § 102 Anm. 10; Roidl BB 1959, 362

¹²⁸⁾ Büntig BB 1958, 1184 (a. A. Büntig BB 1958, 507); Gleiss/Pollems in GemK. § 102 Anm. 10; Proß VAG Anh. II § 81 Anm. 5; Raiser, R. in Festgabe für Proß 208; Starck BB 1961, 887; Schork Sparkasse 1957, 269; Szagunn in Szagunn-Neumann KWG Anh. § 23 Anm. 14

¹²⁹⁾ Gleiss/Pollems in GemK. § 102 Anm. 10; Proß VAG Anh. II § 81 Anm. 5; Raiser, R. in Festgabe für Proß 209; Schreihage ZfK 1960, 16; Szagunn in Szagunn-Neumann Anh. § 23 Anm. 14

wenn es sich vorsätzlich über die Unwirksamkeit des kartellwidrigen Vertrages oder Beschlusses hinweggesetzt hat¹³⁰⁾.

Roidl¹³¹⁾ meint dagegen, eine Bestrafung nach § 38 GWB sei nicht möglich, weil sonst ein Nichtanmelder eines Vertrages nach § 102 GWB, dessen Handlung bei Meldung legal wäre, ebenso schwer bestraft würde wie jemand, dessen Handlung niemals legal werden könnte. Da die Wirksamkeit ohne Mühe erlangt werden könne, werde letzten Endes nicht die Befolgung eines unwirksamen Kartellvertrages, sondern die Unterlassung der Meldung bestraft. § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB sanktioniere Verstöße gegen materielles Kartellrecht. Die Nichtanmeldung sei aber ihrer Natur nach höchstens ein formeller Verstoß, der nicht unter § 38 GWB falle.

Entgegen der Auffassung Roidls wird nicht die Unterlassung der Meldung bestraft, weil dies rechtsdogmatisch das Verletzen einer Pflicht zur Meldung voraussetzen würde, die jedoch, wie Roidl selbst betont, nicht besteht. Mißbilligt wird vielmehr die Befolgung eines ohne vorherige Meldung unwirksamen Kartellvertrages oder -beschlusses. Hierin liegt der materielle Unrechtsgehalt des § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB und zugleich die Rechtswidrigkeit des Verhaltens. Will man den Unrechtsgehalt geringer werten als in dem Fall, daß das Verhalten durch Meldung nicht zu legalisieren ist, so läßt der Strafraum des § 38 Abs. 3 Nr. 1 GWB eine den rechtsstaatlichen Grundsätzen genügende Differenzierung des Strafmaßes zu.

Wie sich aus dem Gesetzeszusammenhang zwischen § 1 Abs. 1 GWB, der grundsätzlich alle wettbewerbsbeschränkenden Verträge für unwirksam erklärt, und der Ausnahmenvorschrift des § 102 Abs. 1 S. 1 und 2 GWB ergibt, ist die Meldung nicht nur die Voraussetzung für die gerichtliche Durchsetzbarkeit eines kartellwidrigen Vertrages oder Beschlusses, sondern eine echte Wirksamkeitsbedingung¹³²⁾. Die von Roidl in den Vordergrund gerückte formelle Komponente ist nur ein Teilaspekt der Meldung. Stellt man allein auf diese Wirkung ab, so führt dies zu einer ungerechtfertigten Überbetonung des formellen Verstoßes.

Mit der Meldung wird auf jeden Fall der konkrete Kartellvertrag oder -beschluß wirksam. Wird ein Kartellvertrag oder eine Empfehlung gemeldet und von der Kartellbehörde nicht beanstandet, so kann der Inhalt der Wettbewerbsbeschränkung unter Mißbrauchsgesichtspunkten als kartellrechtlich unbedenklich angesehen werden. Ist nun beispielsweise eine Vereinbarung oder Empfehlung der Spitzenverbände des Kreditgewerbes über die Bedingungen einer Kreditaktion gemeldet worden, so fragt sich, ob mit der

¹³⁰⁾ BKA Tätigkeitsbericht 1961 S. 54; Gleiss/Pollems in GemK. § 102 Anm. 10; Starck BB 1961, 888; Szagunn in Szagunn-Neumann KWG Anh. § 23 Anm. 14; Würdinger WuW 1958, 513; a. A. Lieberknecht MA 1958, 246 (für nicht gemeldete Verträge nach §§ 2, 3, 5 Abs. 1 GWB)

¹³¹⁾ Roidl BB 1959, 363

¹³²⁾ BGH Urt. v. 8. 10. 1958 — „4711“ — in BGHZ 28, 208 (213)

Meldung nur die Wirksamkeit der konkreten Vereinbarung oder die Zulässigkeit der betreffenden Empfehlung erreicht worden ist oder ob damit nunmehr Absprachen zwischen Kreditinstituten auf regionaler Ebene, die denselben kartellrechtlich unbedenklichen Sachverhalt zum Inhalt haben, keiner Meldung mehr bedürfen. Die Entscheidung dieser Frage ist immer dann von praktischer Bedeutung für die Kreditwirtschaft, wenn Empfehlungen des Zentralen Kreditausschusses oder der Spitzenverbände des Kreditgewerbes gemeldet worden sind und nun mehrere Kreditinstitute des gleichen Geschäftsbereichs Abmachungen gleichen Inhalts treffen oder vereinbaren, diese Empfehlungen einzuhalten, wobei dies nicht einmal in schriftlicher Form geschehen muß¹³³⁾, da die Beachtung der Schriftform für § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB unerheblich ist¹³⁴⁾.

Soweit die Vereinbarungen inhaltlich über den gemeldeten Tatbestand hinausgehen, ist die zivilrechtliche Wirksamkeit sicherlich von einer erneuten Meldung abhängig. Für den Fall, daß sich beider Inhalt deckt, vertritt Janberg¹³⁵⁾ die Ansicht, daß keine Meldung der Vereinbarung erforderlich sei, weil derselbe kartellrechtliche Tatbestand vorliege und von vornherein erkennbar sei, daß er genehmigt werde, zumal die Empfehlung der genannten Gremien mit Rücksicht auf ihre größere Wirkung einer strengeren Prüfung unter Mißbrauchsgesichtspunkten unterzogen worden sei. Die selbständigen rechtlichen Wirkungen zusätzlicher Abmachungen seien kartellrechtlich unerheblich, weil sie sich auf wettbewerbsrechtlich erlaubte Tatbestände bezögen.

Dieser Argumentation ist nicht zu folgen. Durch die Empfehlungen des Zentralen Kreditausschusses oder der Spitzenverbände selbst werden die Beteiligten der durch die Empfehlungen bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen nicht gebunden. Erst die späteren Verträge beschränken die Freiheit der Partner, sich uneingeschränkt im Wettbewerb zu betätigen. Damit entsteht ein neuer rechtlich eigenständiger Tatbestand im Sinne des § 1 GWB, denn es besteht, wie Sprengel mit Recht betont¹³⁶⁾, ein essentieller Unterschied, ob sich die Adressaten zur Befolgung der Empfehlung verpflichten oder ob sie sie ohne rechtliche Bindung einhalten. Es ist in diesem Zusammenhang unerheblich, ob die beteiligten Kreditinstitute auch ohne die getroffene Vereinbarung der Empfehlung gefolgt wären, also von ihrer Wettbewerbsmöglichkeit ohnehin keinen Gebrauch gemacht hätten¹³⁷⁾.

Außerdem erfordert der gesetzgeberische Zweck auch in diesen Fällen die Meldung. Eine umfassende Mißbrauchsaufsicht ist nur gewährleistet, wenn jede wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung der Kartellbehörde zur

¹³³⁾ Vgl. § 34 GWB

¹³⁴⁾ Sprengel Betrieb 1962, 55

¹³⁵⁾ Janberg Betrieb 1962, 159

¹³⁶⁾ Sprengel Betrieb 1962, 55

¹³⁷⁾ Müller-Henneberg in GemK. § 1 Anm. 29

Kenntnis gebracht und ihr damit die Möglichkeit der Prüfung gegeben wird, auch wenn zu erwarten ist, daß keine Beanstandungen erhoben werden¹³⁸⁾.

Trotz Meldung handelt auch ordnungswidrig, wer eine wettbewerbsbeschränkende Handlung in Erfüllung eines Vertrages vornimmt, der außer nach § 102 GWB zulässigen Abmachungen solche kartellwidrigen Abreden enthält, die nicht im Zusammenhang mit bankrechtlichen Aufsichtstatbeständen im Sinne des § 102 GWB stehen, wenn anzunehmen ist, daß der Vertrag nicht ohne diesen unzulässigen Teil geschlossen worden wäre, mithin der gesamte Vertrag nach § 139 BGB unwirksam ist. Das gleiche gilt für den Fall, daß der zulässige Inhalt des Vertrages zwar wirksam geworden ist, aber nicht nur die zulässigen Abreden erfüllt werden, sondern auch gemäß den unzulässigen gehandelt wird.

Wegen der nicht eindeutigen Umschreibung der der Aufsicht unterliegenden Tatbestände wird es in diesen Fällen häufig an der Kenntnis der Rechtswidrigkeit fehlen. Ist der Irrtum unverschuldet, so entfällt eine Geldbuße wegen der Ordnungswidrigkeit. Bei verschuldetem Irrtum kann die Geldbuße gemildert werden¹³⁹⁾. In diesen Fällen kann aber darüber hinaus regelmäßig von der Festsetzung einer Geldbuße abzusehen sein¹⁴⁰⁾.

3. 2 Formelle Anforderungen an die Meldung

Nach § 102 Abs. 1 S. 2 GWB hat die Meldung an die zuständige Aufsichtsbehörde zu erfolgen. Für das Kreditgewerbe ist gemäß § 5 KWG das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen mit Sitz in Berlin zuständig. Das Bundesaufsichtsamt ist zwar nicht für die Verbände der Kreditwirtschaft zuständig. Da aber auch sie unter § 102 Abs. 1 S. 1 GWB fallen¹⁴¹⁾, haben sie sinntsprechend dieser Behörde wettbewerbsbeschränkende Beschlüsse und Abmachungen zu melden. Da das Bundesaufsichtsamt die Meldung an das Bundeskartellamt „weiterleitet“, hat die Meldung in schriftlicher Form zu erfolgen¹⁴²⁾.

Die Meldung ist von jedem Vertragspartner zu erstatten¹⁴³⁾. Diese Auffassung kann allerdings nicht auf § 9 Abs. 5 GWB gestützt werden, wonach bestimmte

¹³⁸⁾ im Ergebnis ebenso Sprengel Betrieb 1962, 55 ff, BKA Tätigkeitsbericht 1961 S. 54

¹³⁹⁾ § 12 Abs. 1 und 2 OWiG

¹⁴⁰⁾ § 7 Abs. 1 und 3 OWiG

¹⁴¹⁾ siehe oben S. 15

¹⁴²⁾ Gleiss/Pollems in GemK. § 102 Anm. 10; Prölss VAG Anh. II § 81 Anm. 5

¹⁴³⁾ Bekanntmachung des Hessischen Ministers für Arbeit, Wirtschaft und Verkehr vom 27. 12. 1957 im Staatsanzeiger für das Land Hessen vom 1. 2. 1958 S. 147; KG Ur. v. 29. 11. 1960 „Hafenpacht“ WuW/E OLG 357 (360) und Ur. v. 4. 5. 1962 „Fensterglas III“ WuW/E OLG 470 (472); Gleiss/Pollems in GemK. § 102 Anm. 10; Dörinkel GWB § 9 Anm. 11; Langen, Kommentar zum Kartellgesetz 3. Aufl. § 9 Anm. III 1b; Prölss VAG Anh. II § 81 Anm. 5; Raiser, R. in Festgabe für Prölss S. 208. Die letzten beiden Autoren äußern sich insoweit widersprüchlich, als sie später betonen, das Mißbrauchsprinzip gelte vom Eingang der Meldung eines Beteiligten an (Prölss S. 610; Raiser S. 209)

A. M. BKA Schr. v. 7. 10. 1961 in BB 1961, 1297 für Verträge nach §§ 103, 106 GWB; Fischerhof BB 1958, 137 und Reimann BB 1958, 219 für Anmeldungen gemäß § 9 Abs. 2 GWB

Anmeldungen persönlich zu bewirken sind, da diese Vorschrift nicht für Meldungen nach § 102 GWB gilt. Auch eine sinngemäße Anwendung entfällt, da es sich bei jener Vorschrift um Anmeldungen zum Kartellregister handelt, während § 102 GWB eine Meldung an die Fachaufsichtsbehörde betrifft¹⁴⁴⁾. Andererseits ergibt sich das Gegenteil auch nicht aus der Fassung des § 102 Abs. 1 S. 2 GWB, wie Fischerhof¹⁴⁵⁾ und Reimann¹⁴⁶⁾ für den entsprechenden Wortlaut des § 9 Abs. 2 GWB annehmen. Zwar wird das mit der Meldung verbundene Ziel, der Kartellbehörde Kenntnis von den Wettbewerbsbeschränkungen zu geben und damit die Mißbrauchsaufsicht zu erleichtern, auch durch die Meldung nur eines Beteiligten erreicht. Dieser Gesichtspunkt ist jedoch nicht entscheidend, weil die Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde in diesem Zusammenhang nicht im Vordergrund steht, sondern vielmehr die Tatsache, daß die Meldung Voraussetzung für die Wirksamkeit der kartellwidrigen Verträge ist¹⁴⁷⁾. Wie bei dem Erfordernis einer Schriftform sollen die Beteiligten auf die rechtliche Bedeutsamkeit ihres Handelns hingewiesen werden. Jeder Vertragspartner muß entscheiden können, wann ihn die gewollten kartellrechtlichen Folgen treffen sollen. Es haben daher sämtliche Teilnehmer den Vertrag zu melden. Da vertraglich vereinbarte Wettbewerbsbeschränkungen im Kreditwesen selten und außerdem entweder wegen ihres regionalen Geltungsbereichs oder von der Sache her auf wenige Beteiligte beschränkt sind, ist dies auch praktisch durchführbar. Selbstverständlich kann die Meldung durch einen privatschriftlich bevollmächtigten Beteiligten oder Verband erfolgen. Kartellwidrige, bindende Beschlüsse von Vereinigungen von Kreditinstituten sind durch Verbandsorgane, gegebenenfalls von einem Kartellvertreter zu melden.

§ 102 Abs. 1 S. 3 GWB räumt der Aufsichtsbehörde die Befugnis ein, Näheres über den Inhalt der Meldung zu bestimmen. Diese Vorschrift kann nicht als Ermächtigung zu einer Allgemeinverfügung an alle durch § 102 Abs. 1 S. 1 GWB begünstigten Unternehmen angesehen werden, da sich die Anordnung nicht auf einen konkreten Einzelfall beziehen, sondern eine abstrakte Regelung für alle Fälle einer Meldung nach § 102 GWB schaffen würde¹⁴⁸⁾. Eine entsprechende Bekanntmachung ist daher nur eine generelle Verlautbarung, in der Verwaltungsgrundsätze kundgetan werden, nach denen das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen Meldungen gemäß § 102 Abs. 1 S. 2 GWB entgegennimmt¹⁴⁹⁾. Diese Äußerung bindet die einen Kartellvertrag

¹⁴⁴⁾ Für Anmeldungen bei der Kartellbehörde nach § 9 GWB s. Verwaltungsgrds. d. BKA v. 9. 12. 1965 Bekanntmachung Nr. 99/65 BAnz. Nr. 240

¹⁴⁵⁾ Fischerhof BB 1958, 137

¹⁴⁶⁾ Reimann BB 1958, 219

¹⁴⁷⁾ KG Ur. v. 29. 11. 1960 BB 1961, 70

¹⁴⁸⁾ Gleiss/Pollems in GemK. § 102 Anm. 11; Prölss VAG Anh. II § 81 Anm. 5; z. T. abw. Gleiss/Pollems in GemK. 1. Aufl. § 102 Anm. 11; a. A. Szagunn in Szagunn-Neumann KWG Anh. § 23 Anm. 13; Rasch, Wettbewerbsbeschränkungen, 1958 § 102

¹⁴⁹⁾ im Ergebnis ebenso Gleiss/Pollems in GemK. § 102 Anm. 11; Prölss VAG Anh. II § 81 Anm. 5; Weber, Die Rechtssetzungsbefugnisse des Reichs- und Bundesaufsichtsamts in der Versicherungsaufsicht in: 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht, 1952 I S. 54

meldenden Vertragspartner nicht, so daß auch jede andere Form der Meldung zulässig sein würde, wenn sie den aus dem Zweck der Bestimmung herzu-
leitenden Erfordernissen genügt.

Das Bundesaufsichtsamt leitet die Meldung an die Kartellbehörde weiter¹⁵⁰⁾. Dieser Vorgang hat auf die Wirksamkeit des Vertrages oder Beschlusses keinen Einfluß, so daß es gleichgültig ist, ob und wann dies geschieht und ob die Meldung an die zuständige Kartellbehörde gelangt. Aus der Fassung des Absatzes 1 S. 5 ergibt sich, daß das Gesetz das Bundesaufsichtsamt zur Weiterleitung verpflichtet¹⁵¹⁾. Dies hat selbst dann zu geschehen, wenn nach Auffassung des Bundesaufsichtsamtes keine kartellwidrigen Abreden getroffen sind¹⁵²⁾, wie beispielsweise in Fällen einer vorsorglichen Meldung, oder wenn ausschließlich Vereinbarungen geschlossen worden sind, die nicht gemäß § 102 GWB freigestellt werden können. Andernfalls würde das Bundesaufsichtsamt Entscheidungen treffen, die der Kartellbehörde zustehen, denn § 102 Abs. 1 GWB weist den Aufsichtsbehörden keine kartellrechtlichen Entscheidungsbefugnisse zu. Da die Wirkungen der Meldung bereits mit dem Eingang beim Bundesaufsichtsamt eintreten, kann es den anmeldenden Unternehmen auch die Rücknahme oder Änderung nicht gestatten¹⁵³⁾. Es kann allenfalls vor Eingang der Meldung auf kartellrechtliche Bedenken hinweisen, sofern es als Fachaufsichtsbehörde die Tatbestände kartellrechtlich sicherer beurteilen kann. Das Bundesaufsichtsamt ist also insoweit reine Empfangsstelle und wird allein in den Fällen der Mißbrauchsaufsicht und bei Bußgeldverfahren vor Durchführung dieser Maßnahmen insoweit eingeschaltet, als es seines Einverständnisses bedarf. Allerdings empfiehlt es sich, im Hinblick auf § 102 Abs. 2 GWB bereits bei der Weiterleitung der Meldung eine Auffassung zum Vorliegen des Mißbrauchs darzulegen¹⁵⁴⁾, ohne daß hierin gegebenenfalls ein Einverständnis für Maßnahmen nach Absatz 2 zu sehen ist.

3. 3 Konsortialgeschäfte

Als generelle Befreiung von § 1 GWB sind die Konsortialgeschäfte gemäß § 102 Abs. 1 S. 4 GWB vom Erfordernis vorheriger Meldung ausgenommen. Mit diesen Geschäften verbindet sich kein fester Begriff wie mit den Bankgeschäften des § 1 KWG. Ein Konsortialgeschäft ist „ein Gemeinschaftsgeschäft, zu dessen Durchführung sich mehrere Kreditinstitute zusammenschließen, weil das beabsichtigte Geschäft über die Kapitalkraft, die Risikobereitschaft oder die Plazierungskraft eines Kreditinstituts hinausgeht oder weil der Geschäftspartner wünscht, auch seine anderen Bankverbindungen

¹⁵⁰⁾ § 102 Abs. 1 S. 5 GWB

¹⁵¹⁾ Langen, Kommentar z. Kartellgesetz 3. Aufl. § 102 V; Gleiss/Pollems in GemK. § 102 Anm. 13

¹⁵²⁾ Gleiss-Pollems aaO

¹⁵³⁾ im Ergebnis ebenso Langen aaO

¹⁵⁴⁾ Schork Sparkasse 1957, 269; Schreihage Bl f GenW 1957, 767; Gleiss-Pollems in GemK. § 102 Anm. 13; Pröiss VAG Anh. II § 81 Anm. 5

zu beteiligen“¹⁵⁵⁾. Diese Konsortialgeschäfte werden nicht durch ihren Inhalt, sondern allein durch die Form und Technik ihrer Durchführung bestimmt. Gegenstand dieser Geschäfte sind in erster Linie die Wertpapieremission und damit zusammenhängend die Börseneinführung und die Kurspflege, ferner die Gewährung von Krediten, die Übernahme von Bürgschaften, die Anteilsbindung und die Gründung oder Sanierung von Gesellschaften.

Bedeutung hat diese allgemeine Befreiung nur insoweit, als Konsortialgeschäfte § 1 GWB erfüllen. In Fällen, in denen ein Bankkunde wünscht, daß das Geschäft von einem Konsortium bestimmter Zusammensetzung durchgeführt wird, oder es einem Kreditinstitut zu dessen Bedingungen überträgt und es diesem überläßt, weitere Kreditinstitute in Form eines Konsortiums zu beteiligen¹⁵⁶⁾, liegt schon deswegen keine Wettbewerbsbeschränkung vor, weil der Zusammenschluß der konkurrierenden Unternehmen vom konkreten Kunden selbst bestimmt oder veranlaßt wird, so daß im Hinblick auf das betreffende Konsortialgeschäft für die beteiligten Unternehmen von vornherein keine Möglichkeit zur Vornahme von Wettbewerbshandlungen besteht.

Auch die im Wertpapiergeschäft typischen Einheitskonsortien verwirklichen regelmäßig keinen kartellrechtlichen Tatbestand, obwohl sie historisch gesehen auch zu dem Zweck gebildet worden sind, störende Konkurrenz auszuschalten¹⁵⁷⁾. Die Zusammensetzung eines solchen Konsortiums steht zwar bis zur Konsortialquote der einzelnen Konsorten hin im wesentlichen bereits vor Abschluß des Konsortialvertrages und des Außenvertrages fest, auch wenn vom Risiko und von der Plazierungsfähigkeit her ein derartig umfassender Zusammenschluß von Kreditinstituten nicht immer erforderlich ist. Dennoch liegt auch hier keine Wettbewerbsbeschränkung vor, weil jedes Konsortium mit der Erreichung des Konsortialzwecks endet. Die Beteiligten haben nicht miteinander vereinbart, sich nur zu Konsortien in der üblichen Zusammensetzung zusammenzuschließen. Wenn sich allerdings die Mitglieder eines Emissionskonsortiums ausnahmsweise durch eine sogenannte Meistbegünstigungsklausel¹⁵⁸⁾ untereinander und gegenüber einem Emittenten verpflichten, anderen Unternehmen während einer bestimmten Zeit keine günstigeren Konditionen bei der Emission einer Anleihe einzuräumen, ist der Tatbestand des § 1 GWB erfüllt. Durch die Meistbegünstigungsklausel wird nämlich die Freiheit der beteiligten Kreditinstitute eingeschränkt, die Ausgabe von Schuldverschreibungen anderer Kunden zu günstigeren Bedingungen zu übernehmen. Da regelmäßig die Mehrzahl der Institute, die nach Kapital- und Plazierungskraft als Konsorten in Betracht kommen, an dieser Vereinbarung beteiligt sein wird, werden anderen Kunden keine oder

¹⁵⁵⁾ Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen 2. Aufl. 1957 S. 1044

¹⁵⁶⁾ sogenanntes Einzelkonsortium

¹⁵⁷⁾ Vgl. Steinrücke-Scholze, Das Konsortialgeschäft der deutschen Banken 1956, S. 48/49

¹⁵⁸⁾ Rasch ZfK 1957, 800

nur noch materiell nachteilige Ausweichmöglichkeiten bleiben. In diesen Fällen erhält die bedingungslose Freistellung der Konsortialgeschäfte Bedeutung.

3. 4 Metageschäfte

Die den Konsortien ihrer rechtlichen Struktur nach verwandten Metaverbindungen sind von der Meldung nicht befreit. Dies wäre auch ohne Bedeutung gewesen. Eine Metaverbindung — a conto meta — liegt vor, wenn sich zwei oder mehrere Personen, die Metisten, zur Ausführung einer unbestimmten Anzahl von Anschaffungsgeschäften auf gemeinschaftliche Rechnung miteinander verbinden, die Geschäfte jedoch von jedem Metisten nach außen im eigenen Namen abgeschlossen werden¹⁵⁹⁾. Durch eine Meta-Abmachung wird die Dispositionsfreiheit des einzelnen Metisten nicht eingeschränkt. Der Zweck ist vielmehr darauf gerichtet, Gewinn und Verlust einer unbestimmten Anzahl voneinander unabhängiger Geschäfte zu teilen¹⁶⁰⁾. Dies wird beim Hauptanwendungsgebiet von Metaverbindungen, der Devisen- und Effektenarbitrage zwischen Händlern verschiedener Börsenplätze deutlich, bei der Kursunterschiede an verschiedenen Börsen durch Kauf zu niedrigem Kurs durch einen Metisten und sofortigen Verkauf durch den anderen Metisten an dessen Börsenplatz zu höherem Kurs realisiert und dann zwischen den Metisten hälftig geteilt werden.

4. Die Freistellung von § 1 GWB

4. 1 Allgemeine Bedeutung

Der Bestimmung des § 102 GWB zufolge sind unter der Voraussetzung einer ordnungsgemäßen Meldung und beschränkt auf den oben abgegrenzten Geltungsbereich Verträge von Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen sowie Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen der Kreditwirtschaft, die den Tatbestand des § 1 GWB erfüllen, ausnahmsweise wirksam. Das Verbot horizontaler Kartellverträge und -beschlüsse ist für den bankgeschäftlichen Bereich aufgehoben. Zwei oder mehrere Kreditinstitute oder Bankenverbände können sich somit wirksam durch Vertrag zu Maßnahmen verpflichten, die den Wettbewerb mit Bankleistungen beschränken, d. h. die die Freiheit der Beteiligten, gewisse marktbezogene Handlungen vorzunehmen oder gar sich überhaupt auf dem Markt zu betätigen, in einer Weise begrenzen, die die Wahlmöglichkeiten des Bankkunden verringert¹⁶¹⁾, und die geeignet sind, den Markt nach Quantität und Intensität spürbar, also so zu be-

¹⁵⁹⁾ BFH II A 481/32 vom 5. 7. 1933

¹⁶⁰⁾ Möller-Löffelholz, Banklexikon 5. Aufl. 1963 S. 54; Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen 2. Aufl. 1957 S. 1150

¹⁶¹⁾ Zum Begriff „Wettbewerbsbeschränkung“ Rinck, Wirtschaftsrecht, 1963 Rdnr. 626; Langen, Kommentar z. Kartellgesetz 4. Aufl. 1965 Anm. 40 ff; Müller-Henneberg in GemK. § 1 Anm. 29; Frankfurter Kommentar § 1 Tz 25 mit weiteren Nachweisen

einflussen, daß Ausweichmöglichkeiten nur in solchem Umfang bleiben, daß materielle Nachteile oder unzumutbare Unbequemlichkeiten entstehen¹⁶²). Dies gilt auch für Beschlüsse von Bankverbänden, die die Mitglieder des Verbandes zu einem solchen Marktverhalten wirksam verpflichten. Auf die verschiedenen Streitfragen, die im Zusammenhang mit der Auslegung dieser Grundsatznorm entstanden sind, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Es wird insoweit auf die umfassenden Darlegungen zu § 1 GWB und den Literaturnachweisen in den Kommentaren zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen verwiesen.

Die weitgehende Freistellung von der Unwirksamkeitsfolge des § 1 GWB gestattet es der Kreditwirtschaft, für jeden Teilbereich ihrer bankgeschäftlichen Tätigkeit Wettbewerbsbeschränkungen im vorstehend angedeuteten Sinne zu treffen. Diese Möglichkeit, den Wettbewerb zwischen den einzelnen Banken und Bankengruppen zu vermindern, ist zunächst einmal generell dadurch begrenzt, daß die getroffene Regelung gemäß § 102 Abs. 2 GWB nicht einen Mißbrauch der durch die Freistellung erlangten Stellung im Markt darstellen darf. Eine privatrechtliche Regulierbarkeit des Wettbewerbsverhaltens der Kreditinstitute ist daneben auch von der Sache her in jenen Fällen ausgeschlossen, in denen der Staat als Träger der Währungspolitik regelnd in den Wettbewerb auf dem Bankenmarkt eingegriffen hat. Hat er durch hoheitliche Anordnungen auf die Wettbewerbssituation unmittelbar Einfluß genommen, so ist die der Kreditwirtschaft durch § 102 GWB grundsätzlich eingeräumte Regelungsmöglichkeit versperrt. Nur für Tatbestände außerhalb des hoheitlich gestalteten, sachlichen Wettbewerbsraums sowie für jene durch die Einflußnahme des Staates geprägten Tatbestände, die im Rahmen der hoheitlichen Ordnung noch Raum für ein selbständiges Wirtschaftsverhalten lassen, behält § 102 Abs. 2 GWB Bedeutung.

Die bedeutsamste Bindung dieser Art mit kartellgleicher Wirkung besteht auf dem Gebiet der Zinsen, Provisionen und Gebühren. Soweit diese Regelung des Entgelts keine eigenverantwortliche Gestaltung seitens der einzelnen Kreditinstitute mehr zuläßt, entfällt auch die Möglichkeit einer privatrechtlichen Beschränkung des für den Bankenmarkt sehr bedeutsamen Preiswettbewerbs. Da in den Zinsabkommen und später in der Zinsverordnung die Konditionen eines wichtigen Sektors des Bankgeschäfts geregelt wurden und noch werden, erklärt es sich auch, daß die Meldungen an das Bundesaufsichtsamt gemäß § 102 Abs. 1 S. 2 GWB im wesentlichen Geschäftsbedingungen im weitesten Sinne betreffen, wie beispielsweise einheitliche Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive, Geschäftsbedingungen für An-

¹⁶²) Zum Meinungsstreit um das Merkmal „Eignung, die Marktverhältnisse zu beeinflussen“ BGH Urt. v. 7. 6. 1962 „Spar“ WuW/E BGH 486 (491); Benkendorff WRP 1962, 148 und 313 ff.; Rauschenbach, Wirtschaftsrecht 1965 S. 119; Rinck, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 630—632; Raumbach-Hefermehl GWB § 1 Anm. 52; Frankfurter Kommentar § 1 Tz 50; Langen, Kommentar z. Kartellgesetz 4. Aufl. 1965 Rdnr. 34/35; Müller-Henneberg in GemK. § 1 Anm. 54 mit weiteren Nachweisen

derkonten und Anderdepots von Rechtsanwälten und Notaren sowie Sonderbedingungen für Auslandsgeschäfte in Wertpapieren, deren einheitliche Regelung ganz überwiegend auf sachlichen, allerdings in ihrer Wirkung wettbewerbsbeschränkenden Zielen beruht ¹⁶³⁾.

4. 2 Die kartellartigen Bindungen der Konditionen

4. 21 Die Zinsabkommen

4. 211 Entwicklung und Rechtscharakter der Zinsabkommen

Zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen war der Wettbewerb mit Zinsen, Provisionen und Spesen durch die vielgenannten Zinsabkommen beschränkt. Nachdem die Kreditinstitute unter dem Eindruck der Bankenkrise durch die Notverordnung ¹⁶⁴⁾ vom 19. September 1931 der Aufsicht durch das Reichsbankdirektorium unterstellt worden waren, wurde den Spitzenverbänden der Kreditinstitute durch die 4. Notverordnung vom 8. Dezember 1931 ¹⁶⁵⁾ die Pflicht auferlegt, Vereinbarungen über die gemeinsame Berechnung von Zinsen für die Hereinnahme von Geldern (Habenzinsen) und über die Vergütung für die Dritten gewährten Gelder (Sollzinsen) bis zum 31. Dezember 1931 zu treffen, andernfalls sollte eine Regelung durch den Reichskommissar für das Kreditwesen im Einvernehmen mit der Reichsbank festgesetzt werden.

Die Abmachungen wurden am 4. Januar 1932 vorgelegt. Das gesamte Vertragswerk bestand aus drei Einzelabkommen. Der zwischen den Spitzenverbänden der Kreditinstitute geschlossene sogenannte Mantelvertrag verpflichtete die Kreditinstitute, bestimmte Höchstzinssätze für Einlagen der Nichtbankenkundschaft, deren unterschiedliche Festsetzung je nach der Art und Dauer der Einlagen durch das Habenzinsabkommen bestimmt wurde, nicht zu überschreiten und Kredite an die Nichtbankenkundschaft höchstens zu den im gleichzeitig geschlossenen Sollzinsabkommen festgelegten Normalzinssätzen zuzüglich genau bestimmter Provisionen zu gewähren. Ergänzt wurden die genannten Abkommen durch ein Wettbewerbsabkommen, das bereits am 11. Mai 1928 abgeschlossen und am 12. Dezember 1930 ¹⁶⁶⁾ neu gefaßt worden war. Dieses gesamte Vertragswerk erhielt am 9. Januar 1932 die Zustimmung des Reichskommissars und wurde am selben Tag für allgemein verbindlich erklärt ¹⁶⁷⁾. Am 22. Dezember 1936 wurden der Mantelvertrag, die Zinsabkommen und das Wettbewerbsabkommen nunmehr von den Spitzenverbänden, Wirtschaftsgruppen und Fachgruppen der Kreditinstitute neu ge-

¹⁶³⁾ Tätigkeitsbericht 1959 S. 32; 1960 S. 37; 1961 S. 55; 1962 S. 66; 1963 S. 63

¹⁶⁴⁾ RGBl. I S. 493, 501

¹⁶⁵⁾ RGBl. I S. 699, 704

¹⁶⁶⁾ Deutsche Sparkassen-Zeitung vom 16. 12. 1930

¹⁶⁷⁾ RGBl. I S. 29

faßt und am gleichen Tag gemäß § 38 KWG 34¹⁶⁸⁾ für allgemein verbindlich erklärt¹⁶⁹⁾.

Die Abkommen waren anfangs ihrem Rechtscharakter nach vertragliche Bindungen zwischen den Spitzenverbänden der Kreditinstitute, die kraft Vertretungsbefugnis zugleich ihre Mitglieder banden. Durch die Allgemeinverbindlichkeit wurde der Kreis auch auf die nicht den Verbänden angeschlossenen Kreditinstitute erweitert. Der Vertragscharakter der Abkommen änderte sich auch nicht, als die Spitzenverbände entsprechend der damaligen Organisation der gewerblichen Wirtschaft in Wirtschafts- und Fachgruppen überführt wurden, da diese mit den ursprünglichen Vertragspartnern identisch waren.

Zwar waren diese Regelungen bis zum 31. März 1965 die Grundlage für die Zins- und Gebührenberechnung und für das Wettbewerbsverhalten der Kreditinstitute. Doch hatte sich ihr Rechtscharakter durch die Kapitulation vom 8. Mai 1945 und die staats- und verwaltungsrechtliche Entwicklung geändert. Die nach dem Zusammenbruch sich konstituierenden Spitzenverbände sind keine Rechtsnachfolger der Wirtschafts- und Fachgruppen¹⁷⁰⁾, weil es sich bei diesen um Zwangsverbände handelte, während die Spitzenverbände freiwillige Zusammenschlüsse der Kreditwirtschaft sind. Da die Vertragspartner nach dem 8. Mai 1945 mithin nicht mehr existent waren, galten die Abmachungen nicht über diesen Zeitpunkt hinaus fort. Auch durch eine spätere ausdrückliche Absprache sind die Bestimmungen der Abkommen nicht wieder Gegenstand eines Vertrages geworden¹⁷¹⁾. Selbst wenn man, wie Schmidt¹⁷²⁾, aus dem Umstand, daß die neuen Verbände die Funktion der alten übernommen haben und die Regeln von Beginn an tatsächlich geübt worden sind, auf einen konkludenten Vertragsabschluß schließen wollte, so könnte dennoch ein Vertrag dieses Inhalts nicht wirksam geworden sein, da die alliierten Dekartellisierungsgesetze¹⁷³⁾ einen freiwilligen vertraglichen Verzicht auf die eigene Wettbewerbsfreiheit verboten¹⁷⁴⁾. Grundlage für die Fortgeltung der Abkommen war vielmehr § 36 KWG 39. Nachdem zunächst durch Verordnung vom 18. September 1944¹⁷⁵⁾ das Reichs-

¹⁶⁸⁾ § 38 KWG 34 — RGBl. I S. 1203 — entspricht dem § 36 KWG 39 — RGBl. I S. 1955 —

¹⁶⁹⁾ RAnz. Nr. 299

¹⁷⁰⁾ Hammer ZfK 1956, 435, NJW 1956, 327

¹⁷¹⁾ a. A. Schmidt ZfK 1961, 77

¹⁷²⁾ Schmidt aaO

¹⁷³⁾ Gesetz Nr. 56 der Amerikanischen Militärregierung vom 28. 1. 1947 (Amtsblatt der Militärregierung Deutschland — Amerikanisches Kontrollgebiet — Ausgabe C S. 2), Verordnung Nr. 78 der Britischen Militärregierung (Amtsblatt der Militärregierung Deutschland — Britisches Kontrollgebiet — S. 412), Verfügung Nr. 37 des Französischen Oberkommandos in Deutschland vom 9. 6. 1947 (Amtsblatt des Französischen Oberkommandos in Deutschland S. 784)

¹⁷⁴⁾ Hammer NJW 1956, 327

¹⁷⁵⁾ RGBl. I S. 211

aufsichtsamt für das Kreditwesen aufgelöst und dessen Befugnisse auf den Reichswirtschaftsminister übertragen worden waren, ging nach dem Zusammenbruch die Zuständigkeit für die Ausübung der Bankenaufsicht nach dem gemäß Art. 123 Abs. 1 GG fortgeltenden Kreditwesengesetz 1939 auf die Länder über. Bankenaufsichtsbehörde mit den Befugnissen nach § 36 KWG 39 waren zuerst die Finanz-, vom Jahre 1953 ab die Wirtschaftsminister der Länder. Zur Wahrung der unentbehrlichen Einheit der materiellen und verfahrensrechtlichen Verwaltungspraxis wurde der Sonderausschuß Bankenaufsicht gegründet, in dem leitende Beamte der aufsichtführenden Länderministerien grundsätzliche Probleme und auch rechtliche und technische Einzelfragen, wie die Festsetzung und Änderung von Konditionen, berieten¹⁷⁶⁾.

Beschlüsse des Sonderausschusses Bankenaufsicht waren nicht verbindlich. Es waren vielmehr Empfehlungen an die Bankenaufsichtsbehörden, die diesen als Grundlage für entsprechende Anordnungen dienten. Auf eine entsprechende Empfehlung vom 1./2. September 1955 hin galten die Bestimmungen des Mantelvertrages, des Haben- und Sollzinsabkommens und des Wettbewerbsabkommens als Verwaltungsanordnung in der Form einer Allgemeinverfügung¹⁷⁷⁾ der Bankenaufsichtsbehörden der Länder gemäß § 36 S. 3 KWG 39¹⁷⁸⁾ fort.

Als Hoheitsakte mit teilweise wettbewerbsbeschränkender Wirkung fielen die Abkommen jedoch nicht unter das Kartellverbot des § 1 GWB. Mantelvertrag, Haben- und Sollzinsabkommen sowie das Wettbewerbsabkommen waren mithin schon aus diesem Grunde zulässig und wirksam und nicht, weil die Kreditwirtschaft insoweit durch § 102 Abs. 1 S. 1 GWB von § 1 GWB freigestellt worden ist¹⁷⁹⁾.

4. 212 Fortgeltung der Zinsabkommen nach Erlaß des Kreditwesengesetzes vom 10. Juli 1961

Mit Inkrafttreten des Kreditwesengesetzes vom 10. Juli 1961 ist § 36 S. 3 KWG 39 als Rechtsgrundlage für die hoheitliche Zinsregelung entfallen. Das neue Gesetz enthält in § 23 Abs. 1 wiederum eine Befugnis zum Erlaß von Anordnungen für Kreditinstitute über die „Bedingungen, zu denen Kredite gewährt und Einlagen entgegen genommen werden dürfen“. Die Regelung muß jedoch im Gegensatz zur früheren Rechtslage durch Rechtsverordnungen erfolgen, so daß eine Anfechtung der Anordnung vor dem Verwaltungsgericht wie bisher nicht mehr möglich ist. Die neue Vorschrift entspricht sach-

¹⁷⁶⁾ Buschmann, Die Vereinbarungen und Zusammenschlüsse im Kreditwesen, 1963 S. 82

¹⁷⁷⁾ Consbruch BB 1959, 399; Hammer NJW 1956, 326 ff; Kalkstein Sparkasse 1965, 185; Rasch ZfK 1957, 799; Schork WuW 1958, 432; Schreihage ZfK 1961, 664 und Sparkasse 1961, 244; a. A. Schmidt ZfK 1961, 74 ff (insbes. 76 ff)

¹⁷⁸⁾ Anordnung für Niedersachsen in Nds. MBl. Nr. 36 1955 S. 749

¹⁷⁹⁾ a. A. Rinck, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 933; Rasch, Wettbewerbsbeschränkungen 1958 § 102; Rauschenbach, Wirtschaftsrecht 1965 S. 137

lich dem § 36 KWG 39, ist jedoch wesentlich enger gefaßt als diese. Sie läßt also mehr Raum zu freiem Wettbewerb, gibt damit aber zugleich auch größere Möglichkeiten zur privatrechtlichen Beschränkung des Wettbewerbs im Rahmen des § 102 Abs. 1 GWB. Während nämlich gemäß § 36 KWG 39 allgemein die „Geschäftsbedingungen“, also sogar die „allgemeinen Geschäftsbedingungen“ durch staatliche Anordnung geregelt werden konnten, ist nach § 23 KWG nur noch eine Anordnung für die Bedingungen des Kredit- und Einlagengeschäftes aller Kreditinstitute zulässig. Die Regelungsmöglichkeit für Provisionen und Gebühren bei den übrigen Bankgeschäften, insbesondere im Wertpapier- und Devisengeschäft, die nach altem Recht bestand, wenn sie auch nicht ausgeübt worden war, ist somit entfallen.

Nach § 23 Abs. 1 KWG ist nur noch die Festsetzung von Grenzen für Zinsen und Provisionen zulässig. Während § 36 KWG 39 über die Art der Zinsbindung nichts bestimmte, waren in § 1 Abs. 2 Habenzinsabkommen Höchstzinssätze, die in keinem Fall überschritten werden durften, und in § 1 Abs. 2 Sollzinsabkommen Normalzinssätze, deren Überschreitung nur mit Genehmigung der Bankenaufsichtsbehörde zulässig war, angeordnet. Mit den in § 23 KWG vorgeschriebenen „Grenzen“ sind weder Normal- noch Festzinsen vereinbar. Zulässig sind allein Höchst- und Mindestzinssätze. Daher entsprach seit Inkrafttreten des neuen Kreditwesengesetzes am 1. Januar 1962 nur das Habenzinsabkommen der neuen Ermächtigungsgrundlage in vollem Umfange, während dem Sollzinsabkommen § 23 Abs. 1 KWG entgegenstand. Dennoch blieb auch dieses Abkommen gemäß § 62 Abs. 1 KWG aufrechterhalten¹⁸⁰⁾, allerdings mit der Maßgabe, daß der Sollzinssatz nicht mehr als Normal-, sondern stets als Höchstzinssatz anzusehen war. Erst durch die aufgrund des § 23 Abs. 1 und 3 KWG vom Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen¹⁸¹⁾ erlassene Zinsverordnung vom 5. Februar 1965¹⁸²⁾ sind die Zinsregelungen auf eine neue Rechtsgrundlage gestellt worden. Nur soweit die Zinsverordnung die Wettbewerbsfreiheit auf dem Gebiet der Zinsen, Provisionen und Gebühren unberührt läßt, kann künftig diese Freiheit unter den Voraussetzungen des § 102 GWB durch privatrechtliche Absprachen wirksam beschränkt werden.

4. 22 Die Zinsverordnung

4. 221 Der Geltungsbereich der Zinsverordnung

Der Zinsverordnung unterliegen grundsätzlich die Kredit- und Einlagengeschäfte aller Kreditinstitute. Die Verordnung bringt eine eigene, für die

¹⁸⁰⁾ Bericht des Wirtschaftsausschusses des Bundestages Bt.-Drucks. III/1114 Teil A Abschn. XVIII

¹⁸¹⁾ Der Bundesminister für Wirtschaft hat seine Ermächtigung zum Erlass zinsregelnder Rechtsverordnungen durch Verordnung vom 19. 1. 1962 (BGBl. I S. 17) auf das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen delegiert

¹⁸²⁾ BGBl. I Nr. 5 S. 34 ff

praktische Handhabung dringend benötigte Definition der Begriffe „Kredit“ und „Einlage“. Der Begriff „Kredit“ ist enger gefaßt als der des § 19 Abs. 1 KWG. Die Stundung von Forderungen aus nicht bankmäßigen Handelsgeschäften von Kreditinstituten, insbesondere Warengeschäften, über die handelsübliche Frist hinaus, Bürgschaften, Garantien und sonstige Gewährleistungen für andere sowie Beteiligungen an Unternehmen eines Kreditnehmers fallen anders als nach § 19 Abs. 1 Nr. 3 bis 5 KWG nicht darunter. Auch sind Kredite in gebietsfremder Währung ausgenommen.

Die Definition des Begriffs „Einlage“ war insbesondere im Hinblick auf die Abgrenzung von Einlagen und aufgenommenen Geldern erforderlich. Eine theoretisch eindeutige Kennzeichnung wird durch subjektive Momente, wie das überwiegende Interesse an der Geldhingabe¹⁸³⁾ oder deren Zweck¹⁸⁴⁾, erreicht. Einlagen werden überwiegend im Interesse des Einlegers und deshalb regelmäßig auf seine Anregung hereingenommen. Bei den aufgenommenen Geldern geht dagegen die Anregung zur Verfügungstellung der Gelder von den Kreditinstituten aus, die mit den Kapitalien eine Verstärkung ihrer Betriebsmittel erreichen wollen. Für die praktische Arbeit der Kreditinstitute bedarf es jedoch objektiver Unterscheidungskriterien. Nach § 11 ZVO sind Einlagen zunächst grundsätzlich alle fremden Gelder von Nichtkreditinstituten, ausgenommen Gelder, die zur Weiterleitung als durchlaufende Kredite und zur Durchführung öffentlicher Kreditprogramme zweckgebunden angenommen werden. Die Abgrenzung zu den aufgenommenen Geldern ist auf das Vorliegen eines für den Einzelfall geschlossenen Kreditvertrages sowie die bankübliche Besicherung abgestellt. Diese Merkmale sind aus der praktischen Erfahrung gewonnen worden, nach der von Kreditinstituten angenommene Kredite in der Regel langfristig und nicht in der standardisierten Form des Einlagengeschäfts abgewickelt werden.

Gegenüber der in den Zinsabkommen festgelegten Konditionenbindung ist der Geltungsbereich der Zinsverordnung in persönlicher und sachlicher Hinsicht eingeschränkt. Außer mit der Bankenkundschaft sind auch Kredit- und Einlagengeschäfte mit der Kreditanstalt für Wiederaufbau und mit Bausparkassen sowie Einlagen der Deutschen Bundespost¹⁸⁵⁾ freigestellt. Während die Kreditkostenregelung ebenfalls nicht für Kredite an Gebietsfremde im Sinne des § 4 Abs. 1 Nr. 4 des Außenwirtschaftsgesetzes gilt¹⁸⁶⁾, sind Haben-zinsbestimmungen für Einlagen dieser Kunden immer anwendbar, wenn nicht aufgrund § 23 Abs. 1 Nr. 7 Außenwirtschaftsgesetz eine besondere Regelung für die Verzinsung von Konten Gebietsfremder getroffen ist¹⁸⁷⁾.

183) so Schreiben des Reichskommissars für das Kreditwesen vom 10. 12. 1935 abgedr. bei Consbruch-Möller KWG-Texte 4.03

184) Schütz JZ 1964, 91 ff

185) § 2 Nr. 1 und 2, 11, 2 Nr. 3, 12 Nr. 1 ZVO

186) § 2 Nr. 2 ZVO

187) § 12 Abs. 2 ZVO. So dürfen die allgemeinen Höchstzinssätze für Einlagen nicht vergütet werden, wenn aus devisen- oder währungspolitischen Gründen ein niedrigerer Höchstsatz oder gar ein Verzinsungsverbot für Ausländer angeordnet wird.

Sachlich ist hinsichtlich der mittelfristigen Geschäfte eine gewisse Lockerung der Zinsbindung eingetreten. Zwar sind auch, wie bisher ¹⁸⁸⁾, nur Kredite mit einer Laufzeit von über vier Jahren bindungsfrei ¹⁸⁹⁾, doch gilt die Zinsregelung im Einlagengeschäft nur noch für Einlagen mit einer vereinbarten Laufzeit, Kündigungsfrist oder Kündigungssperfrist von weniger als zweieinhalb Jahren. Damit ist in größerem Umfang als zuvor eine Zinsbindung nach marktwirtschaftlichen Gesetzen möglich.

Außerdem sind noch bestimmte Einzelfälle von der Geltung der Zinsverordnung ausgenommen worden. Für Teilzahlungskredite der Geschäftsbanken und der Teilzahlungsfinanzierungsinstitute ¹⁹⁰⁾ wie für Geschäfte mit Kleinkrediten im Sinne der Anordnung über die Kosten für Kleinkredite mit regelmäßiger Tilgung vom 22. Dezember 1958 ¹⁹¹⁾ bleiben die auf § 36 KWG 39 gestützten Anordnungen in Kraft ¹⁹²⁾. Auch auf Einlagen, die ein Kreditinstitut von seinen stillen Gesellschaftern oder ein Kreditinstitut in der Rechtsform einer Personenhandelsgesellschaft von seinen Gesellschaftern annimmt, können die Höchstsätze für Habenzinsen übersteigende Vergütungen gewährt werden ¹⁹³⁾.

4. 222 Der sachliche Inhalt der Zinsverordnung

Materiell bestimmt die Zinsverordnung abschließend und mit bindender Wirkung Art, Höhe und Berechnungsmodus der Kosten, die im oben bezeichneten Sektor des Kredit- und Einlagengeschäfts angesetzt werden dürfen. Im Kreditgeschäft dürfen die Kreditinstitute nur die in § 3 ZVO genannten Kreditkosten — Sollzinsen, Kredit- oder Überziehungsprovision — bis zu der in der Anlage 1 der Verordnung festgesetzten Höhe sowie Umsatzprovision und gegebenenfalls Barauslagen und sonstige Kosten für zusätzliche Bankleistungen berechnen. Habenzinsen sind je nach Art und Dauer der Einlagen nur in der in Anlage 2 bestimmten Höhe zu vergüten. Eine ins einzelne gehende Beschreibung der zulässigen Bezugsgrößen für die in Vom-Hundert-Sätzen bezifferten Kosten gewährleistet die einheitliche Berechnungsweise bei allen Kreditinstituten. Außerdem wird die Einhaltung der Bestimmungen durch die Bußgeldvorschrift des § 25 ZVO gesichert. Dadurch wird auch zugleich der Gewährung unzulässiger sogenannter „grauer“ Habenzinsen entgegen gewirkt.

¹⁸⁸⁾ Beschluß der Bankaufsichtsbehörden vom 19./20. 11. 1950, abgedr. bei Consbruch-Möller KWG-Texte 12.55

¹⁸⁹⁾ § 2 Nr. 4 ZVO

¹⁹⁰⁾ Gebührensätze für Kredite der Geschäftsbanken im Teilzahlungsfinanzierungsgeschäft vom 25. 6. 1959 und Gebührensätze für Kredite der Teilzahlungsfinanzierungsinstitute vom 5. 11. 1959 in der Fassung vom 3. 6. 1960, abgedr. bei Consbruch-Möller KWG-Texte 12.50 und 12.51

¹⁹¹⁾ Gemeinsame Bekanntmachung der Bankaufsichtsbehörden vom 22. 12. 1958 in BAnz. Nr. 248

¹⁹²⁾ §§ 2 Nr. 5 und 6, 26 Abs. 2 ZVO

¹⁹³⁾ § 12 Abs. 1 Nr. 5 ZVO

4. 223 Der Kartellcharakter der Zinsbindung

Die Zinsbindung durch die Zinsverordnung und durch die in Kraft gebliebenen Anordnungen der ehemaligen Bankenaufsichtsbehörden der Länder über die Kosten für Kleinkredite sowie über die Gebührensätze für Teilzahlungsfinanzierungskredite¹⁹⁴⁾ fällt wegen ihres hoheitlichen Charakters nicht unter § 1 GWB. Ob sich diese Bestimmungen wie auch entsprechende vertragliche Zinsbindungen zwischen Kreditinstituten oder deren Spitzenverbänden überhaupt unter § 1 GWB subsumieren lassen, hängt davon ab, ob verbindlich festgelegte Zins- und Provisionssätze die Wahlmöglichkeit der Bankkunden verringern. Die Wirkungen des Wettbewerbs im Kreditgeschäft und im Einlagengeschäft sind ihrer Tendenz nach verschieden. Bei unbeschränktem Wettbewerb auf dem Kreditmarkt sinken die Kreditkosten. Der Wettbewerb im Einlagengeschäft läßt dagegen die Habenzinsen steigen. In dieser wettbewerbsbedingt entgegengesetzten Entwicklung der Zinsen liegen die unterschiedlichen Auswirkungen verbindlich festgelegter Zinsobergrenzen auf die Wettbewerbsfreiheit begründet.

4. 2231 Bindungen an Habenzinshöchstsätze

Da die Zinshöchstsätze nicht überschritten werden dürfen, wird durch die Schaffung von Zinsobergrenzen nur ein weiteres Steigen der Habenzinsen verhindert. Da in der Praxis der Wettbewerb im Einlagengeschäft dazu führt, daß auf Einlagen jeweils der Höchstzinssatz vergütet wird, bringt die Zinsverordnung notwendigerweise starre Habenzinsen mit sich, die den Wettbewerb im Einlagengeschäft wesentlich hemmen. Deutlich wird diese Folge an den regelmäßig erheblich höheren Zinssätzen, die die Kreditinstitute für nicht von der Zinsverordnung erfaßte Einlagen gewähren. Diese Wirkung ist zugleich auch der Grund für Bemühungen, die Zinsbindung durch sogenannte Pensionsgeschäfte zu umgehen¹⁹⁵⁾ oder aber durch die Emission von Bankenschuldverschreibungen, die, da die Verzinsung von Obligationen nicht gemäß § 23 KWG hoheitlich bestimmt werden kann, bindungsfrei sind und zudem auch der Mindestreservepflicht nicht unterliegen, zusätzliche Gelder der Nichtbankenkundschaft zu erhalten. Insoweit liegt eine echte Beschränkung des Wettbewerbs vor.

Daneben treten noch kartellartige Sekundärwirkungen ein. Wenn durch das Eingehen eines größeren Risikos, das mit dem Überlassen von Geld an kleinere, aufstrebende Privatbanken häufig verbunden ist, kein höherer Ertrag zu erzielen ist, dann werden die großen Wirtschaftsunternehmen, die öffentlichen Stellen und andere Kapitalsammelstellen, insbesondere Versicherungs-

¹⁹⁴⁾ siehe Seite 46 Anm. 190-192

¹⁹⁵⁾ Unter Pensionsgeschäft versteht man die Überlassung festverzinslicher Wertpapiere auf befristete Zeit unter der Verpflichtung zur Rücknahme zum gleichen Kurs. Der Kunde erhält die über den zulässigen Habenzinsen liegenden Wertpapierzinsen, die Bank die zusätzlichen Einlagen (Müller-Löffelholz, Banklexikon 5. Aufl. 1963 S. 1130)

träger ihre Geldmittel dort einlegen, wo Größe, Gewährhaftung und Ruf des Kreditinstituts eine größere Sicherheit bieten¹⁹⁶⁾. Dies Wirtschaftsverhalten wird auf die Dauer zu einer Stärkung der Großbanken und öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute führen, wodurch eine der Zielsetzung des Kartellgesetzes entgegenstehende Konzentrationsbewegung gefördert wird.

4. 2232 Bindung an Sollzinshöchstsätze

Demgegenüber dient eine Höchstpreisregelung für Sollzinsen und Provisionen dem Schutz der Kreditnehmer vor nicht marktgerechten Kreditkosten. Dem Kreditinstitut bleibt es unbenommen, einzelnen Kunden Kredite zu niedrigeren Kredit- und Provisionssätzen, als sie die Zinsverordnung oder sachlich entsprechende, privatrechtliche Abmachungen bestimmen, zu gewähren. Die Möglichkeit einer günstigeren, individuellen Kostengestaltung bleibt weiterhin erhalten. Untersuchungen des Bundeskartellamtes¹⁹⁷⁾ haben gezeigt, daß in der Praxis insbesondere Großkunden tatsächlich häufig bessere Konditionen eingeräumt werden.

Dennoch können auch Obergrenzen bei Sollzinsen und Provisionen den Wettbewerb beschränken. Wenn nämlich die Sollzinshöchstsätze im Verhältnis zu den Habenzinshöchstsätzen so niedrig festgelegt werden, daß die den Kreditinstituten bleibende Marge die Verwaltungskosten nicht deckt, oder wenn sich die Kreditmittel sehr verknappen, weil nicht marktgerecht festgelegte Habenzinsobergrenzen die Bankkunden veranlassen, in großem Umfang andere Anlageformen, beispielsweise den Kauf von Wertpapieren, zu wählen, sind die Kreditinstitute gehindert, sich diesen Marktsituationen im zinsgebundenen Kreditgeschäft anzupassen. Sie werden dann keine zinsgebundenen, sondern bindungsfreie Kredite gewähren, soweit dies die zu beachtenden Liquiditätsgrundsätze gestatten. Dadurch wird die Wahlmöglichkeit der Kunden verringert und somit der Wettbewerb beschränkt.

4. 2233 Bindung an Mindestzinssätze

Die nach § 23 KWG zulässige hoheitliche Festlegung von Mindestsätzen für Zinsen und Provisionen bringt für die Bankkunden die umgekehrten wettbewerblichen Wirkungen mit sich, die allerdings kartellrechtlich ebenso wie die Bindung der Höchstzinssätze zu beurteilen sind. Mindestsätze bei Sollzinsen und Provisionen verhindern zum Nachteil der Kreditnehmer ein weiteres Absinken der Kreditkosten. Dadurch wird der Kreditnehmer in seinen Wahlmöglichkeiten schlechter gestellt. Habenzinsuntergrenzen garantieren dagegen den Einlegern eine bestimmte Mindestvergütung für die Hergabe ihrer Gelder und erlauben zudem den Kreditinstituten, einzelnen Einlegern höhere Zinsen gutzuschreiben. Dennoch beschränken auch Habenzinsunter-

¹⁹⁶⁾ Könniker ZfK 1965, 169/170

¹⁹⁷⁾ Tätigkeitsbericht 1962 S. 66; 1963 S. 63

grenzen den Wettbewerb. Den Kreditinstituten ist es nämlich nicht möglich, sich einem etwa sehr flüssigen Geldmarkt anzupassen. Sie nehmen keine Gel-der mehr an.

Die hoheitliche Bindung der Mindestsätze ist in der Praxis ohne Bedeutung. Eine solche Anordnung hat es bisher in Deutschland nicht gegeben. Ihr Erlaß könnte allerdings dann zu erwarten sein, wenn es zur Stärkung der Rentabilität der Kreditinstitute der Einhaltung einer Sollzinsuntergrenze bedarf. Da auch die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der durch die Zinsverordnung hoheitlich gebundenen Obergrenze für Sollzinsen und Provisionen nur in extremen Marktsituationen effektiv wird, hat allein die Festsetzung von Obergrenzen für Habenzinsen in der Praxis den Charakter von „Zwangskartellen“¹⁹⁸⁾.

Vereinbarungen zwischen Kreditinstituten oder zwischen den Spitzenverbänden des Kreditgewerbes, durch die privatrechtliche Ober- und Untergrenzen bestimmt werden, beschränken wie entsprechende hoheitliche Bindungen den Wettbewerb und erfüllen die Voraussetzungen des § 1 GWB. Dies gilt auch für die Verabredung von Festsätzen für Zinsen und Provisionen. Solche privaten Abmachungen werden daher erst nach Meldung bei dem Bundesaufsichtsamt wirksam. Ist eine Zinsverordnung nach § 23 KWG erlassen worden, so darf eine privatrechtliche Regelung nur insoweit getroffen werden, als ihr die hoheitliche Anordnung nicht entgegensteht. Die Vereinbarung kann also einmal Zinsen und Provisionen für solche Einlagen- und Kreditgeschäfte betreffen, die nicht unter die Zinsverordnung fallen, oder zum anderen, wenn sie von der Zinsverordnung erfaßt werden, sie nur unterhalb der hoheitlich angeordneten Höchstwerte festsetzen.

4. 3 Die gemeldeten Kartellverträge und -beschlüsse

Die Kreditwirtschaft hat von der ihr durch die Freistellung gegebenen Möglichkeit, den Wettbewerb auf dem Bankenmarkt zu beschränken, nur in geringem Umfang Gebrauch gemacht. Seit Inkrafttreten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen am 1. 1. 1958 bis zum 31. 12. 1965 sind dem Bundeskartellamt vom Bundesaufsichtsamt 24 Meldungen von Wettbewerbsbeschränkungen im Kreditgewerbe zugeleitet worden¹⁹⁹⁾. Sie betreffen einzelne Bankgeschäfte, wie die bargeldlose Lohn- und Gehaltszahlung, Auslands-geschäfte in Wertpapieren, Anschaffungsdarlehen, Dokumenten-Akkreditive, Kredithilfen für den gewerblichen Mittelstand und die freien Berufe, Anderkonten und Anderdepots für Rechtsanwälte und Notare oder den Wegfall der Depotgebühren für Kleindepots unter DM 2000,-, banktechnische Fragen, wie Verwendung von Endlosformularen bei Überweisungen, Über-

¹⁹⁸⁾ Buschmann, Die Vereinbarungen und Zusammenschlüsse im Kreditwesen 1963 S. 126/127 und 129/130; Günther, Hans ZfK 1956, 306; Schork Sparkasse 1957, 269; Schreihage ZfK 1960, 17

¹⁹⁹⁾ Tätigkeitsbericht 1959 S. 33; 1960 S. 37; 1961 S. 55; 1962 S. 66; 1963 S. 63; 1964 S. 47/48, 1965 S. 58

weisungsaufträge auf Lochkarten, Abbuchung von Rundfunkgebühren von Girokonten und Konten in laufender Rechnung, zwischenbanklicher Verkehr der Korrespondenzbanken oder Verfahren bei Belastung avisierter Scheckziehungen von Kreditinstituten und auch geschäftspolitische Probleme, wie Einschränkungen bei der Errichtung von Zweigstellen oder Geschäftsöffnung an Sonnabenden.

Das Kreditgewerbe hat sich lediglich in drei Fällen der Kartelltatbestände des § 1 GWB bedient. Zweimal waren Kartellverträge Gegenstand einer Meldung, einmal wurde die Form eines die Mitglieder bindenden Verbandsbeschlusses gewählt. Bei den übrigen gemeldeten Wettbewerbsbeschränkungen handelt es sich um Empfehlungen.

Im Jahre 1959 hat die Mitgliederversammlung des Verbandes der Privaten Hypothekenbanken e. V. beschlossen, die angeschlossenen Institute aufzufordern, sich durch Einzelerklärung zu verpflichten, keine höher als mit 5% zu verzinsenden Pfandbriefe und Kommunalobligationen zu emittieren²⁰⁰⁾. Die Deutsche Bundesbank und die Spitzenverbände des Kreditgewerbes haben im Jahre 1963 ein Abkommen zur Vereinfachung des Einzugs von Orderschecks geschlossen²⁰¹⁾. Diese Vereinbarung betrifft zwar überwiegend Fragen der technischen Abwicklung mit bezug auf das Verhältnis der Kreditinstitute untereinander. Da sie jedoch die Verpflichtung der Kreditinstitute begründet, vor Abgabe von Vordrucken für Orderschecks an Kunden diesen gegenüber die Geschäftsbedingungen dahin zu ändern, daß jedes Kreditinstitut gegen Vorlage der innerhalb der Vorlegungsfrist eingereichten und nicht bezahlten Schecks Zahlung vom Aussteller verlangen kann, ist durch die Abmachung auch der Wettbewerb beschränkt. Schließlich haben im Jahre 1964 die Spitzenverbände des Kreditgewerbes einen Vertrag über den Lastschriftverkehr gemeldet, in dem der Wortlaut der Vermerke auf unbezahlt gebliebenen Lastschriften, das Verfahren für die Rücklastschriften und die Rücklastprovision und Barauslagen im einzelnen geregelt sind²⁰²⁾.

5. Die Freistellung von § 15 GWB

Die nach § 102 Abs. 1 S. 2 GWB ohne die formelle Voraussetzung einer Meldung aufgehobene Verbotsbestimmung des § 15 GWB bezieht sich auf vertikale Preis- und Bedingungsbindungen. Dieser Tatbestand ist im Kreditgewerbe ohne große praktische Bedeutung. Es fallen hierunter durchlaufende Kredite, also Treuhandkredite, deren Mittel dem Kreditinstitut von einem Auftraggeber zur Weiterleitung an andere im eigenen Namen zur Verfügung

²⁰⁰⁾ Tätigkeitsbericht 1959 S. 33

²⁰¹⁾ Tätigkeitsbericht 1963 S. 63

²⁰²⁾ Tätigkeitsbericht 1964 S. 47

gestellt werden und bei denen sich die Haftung des Instituts auf die ordnungsmäßige Durchführung der Kreditaktion beschränkt, und zweckgebundene Gelder²⁰³⁾. Bei diesen gezielten Kreditaktionen, wie beispielsweise Lastenausgleich, Grüner Plan, Förderung des Handwerks und Mittelstandes, ERP, macht der Geldgeber den Kreditinstituten zur Auflage, die Mittel zu bestimmten Bedingungen an die Kreditnehmer weiterzuleiten. Solche vertikale Konditionenbindungsverträge sind nicht nur dann wirksam, wenn die Gelder von einem zentralen Kreditinstitut an die Hausbank des Kreditnehmers gegeben werden, sondern auch, wenn die entsprechenden Beschränkungen von einem Versicherungsunternehmen auferlegt werden, da diese Unternehmen gleichfalls dem § 15 GWB nicht unterliegen²⁰⁴⁾.

6. Die Anwendbarkeit der übrigen Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Über die Anwendbarkeit der übrigen Vorschriften des Kartellgesetzes sagt § 102 GWB nichts aus. Gewisse Auswirkungen ergeben sich jedoch aus dem Grundsatzcharakter der Bestimmungen der §§ 1 und 15 GWB für die ersten beiden Abschnitte des Gesetzes. Die diesen beiden Normen folgenden Vorschriften gehen von der generellen Unwirksamkeit von Verträgen im Sinne der §§ 1 und 15 GWB aus und bringen auf dieser Grundlage gewisse Ausnahmetatbestände. Schork²⁰⁵⁾ und Schreihage²⁰⁶⁾ schließen aus diesem Aufbau des Gesetzes, daß auch die übrigen Bestimmungen des 1. und 2. Abschnittes des Ersten Teils, soweit im Gesetz nichts anderes bestimmt ist, überhaupt unanwendbar sind. Da § 105 S. 1 GWB nur die §§ 13 und 14 GWB für entsprechend anwendbar erkläre, sei im Umkehrschluß zu folgern, daß alle anderen Vorschriften nicht fortgelten.

Diese Auffassung ist jedoch nur insoweit richtig, als diese Bestimmungen ausdrücklich oder begrifflich die Vorschriften der §§ 1 und 15 GWB voraussetzen und eine entsprechende Anwendung nicht angeordnet ist²⁰⁷⁾. Wird eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung im Sinne des § 1 GWB nicht gemeldet, so bleiben, da auch § 1 GWB fortgilt, die Vorschriften der §§ 2 bis 14 GWB uneingeschränkt bestehen. Diejenigen Bestimmungen der §§ 16 bis 21 GWB, die sich auf § 15 GWB beziehen, sind ohne weiteres unanwendbar, da § 15 GWB auch ohne Meldung nicht gilt.

203) Pollems in GemK. § 102 Anm. 14; Roidl BB 1959, 362, Fußnote 6; Schork Sparkasse 1957, 270; Schreihage Bl f GenW 1957, 767; ZfK 1960, 16; Szagunn in Szagunn-Neumann KWG Anh. § 23 Anm. 19

204) Pollems in GemK. § 102 Anm. 14

205) Schork Sparkasse 1957, 268

206) Schreihage Bl f GenW 1957, 767

207) im Ergebnis ebenso Gleiss/Pollems GemK § 102 Anm. 15; Neumann: Kreditinstitute, insbesondere Bausparkassen und Versicherungsunternehmen im Kartellgesetz, 1960 S. 7; Prölss VAG Anh. II § 81 Anm. 10b; Schreihage ZfK 1961, 16

6. 1 Die Anwendbarkeit der Vorschriften des 1. Abschnitts des Ersten Teils

Die §§ 2 bis 8 GWB schaffen Ausnahmetatbestände zu § 1 GWB. Sie sind daher nach allgemeiner Meinung nicht anwendbar²⁰⁸⁾. Entgegen der Auffassung von Prölss²⁰⁹⁾ kann die allgemeine Privilegierung von Konditionenkartellen²¹⁰⁾ und Exportkartellen²¹¹⁾ gegenüber dem Verbotsprinzip des § 1 GWB nicht in den Ausnahmetatbestand des § 102 GWB projiziert werden mit der Folge, daß die allgemeine Besserstellung dieser Kartelle dadurch gewahrt bleibt, daß in diesen Fällen die für Kartelle in § 102 Abs. 1 S. 2 GWB vorgesehene Meldepflicht entfällt. § 102 GWB nimmt die Kreditwirtschaft allgemein vom Verbotsprinzip aus. Damit werden notwendig die Erleichterungen für einzelne Kartellarten, für die bereits aufgrund anderer Vorschriften — hier §§ 2, 6 GWB — nach Meldung an Stelle des Verbotsprinzips das Mißbrauchsprinzip gilt, aufgehoben. Die Ausnahmenvorschrift begrenzt ihrer Rechtsnatur nach zugleich das Maß der Erleichterungen. Es besteht kein Anlaß, die relative Besserstellung dadurch aufrechtzuerhalten, daß man über die Ausnahmeregelung hinausgeht und für diese Kartellarten auch das Meldeprinzip aufgibt²¹²⁾. Insbesondere zwingt § 2 Abs. 3 GWB nicht zu diesem Schritt, da das Widerspruchsrecht der Kartellbehörde durch § 102 GWB aufgehoben worden ist.

Auch die §§ 9 bis 11 GWB, die das Verfahren und besondere Rechte der Kartellbehörde in den vorgenannten Fällen regeln, sind nicht anwendbar. Danach sind insbesondere wettbewerbswidrige Verträge und Beschlüsse der Kreditwirtschaft nicht im Bundesanzeiger bekanntzumachen²¹³⁾. Auch aus dem Umkehrschluß aus §§ 9 Abs. 3, 103 Abs. 3 GWB ist zu folgern, daß anders als bei Bundespost, Bundesbahn, Verkehrsträgern und Versorgungsunternehmen, die gleichfalls dem Ausnahmereich zugehören, die strengen Formvorschriften des § 9 GWB bei der Meldung nicht anzuwenden sind²¹⁴⁾.

§ 12 GWB nennt die Voraussetzungen für ein Eingreifen der Kartellbehörde bei Mißbrauch der durch die Freistellung von § 1 GWB erlangten Stellung im Markt. Voraussetzungen und Befugnisse der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht im Fall der Freistellung der Kreditwirtschaft sind in § 102 Abs. 2 GWB besonders bestimmt. Diese spezielle Regelung geht der des § 12 GWB vor²¹⁵⁾. Da aber die Fassung jener Mißbrauchsbestimmung der des § 12 Abs. 1 Nr. 1 GWB entspricht, sind die zu dieser Norm von Rechtsprechung und Lehre herausgebildeten Grundsätze bei der Auslegung des § 102 Abs. 2

²⁰⁸⁾ Gleiss/Pollems in GemK. § 102 Anm. 15; Neumann aaO.; Prölss VAG Anh. II § 81 Anm. 10b; Schork Sparkasse 1957, 268; Szagunn in Szagunn-Neumann KWG Anh. § 23 Anm. 20

²⁰⁹⁾ Prölss VAG Anh. II § 81 Anm. 10b

²¹⁰⁾ § 2 GWB z. B. gegenseitige Verpflichtung der Kreditinstitute, einheitliche Allgemeine Geschäftsbedingungen anzuwenden.

²¹¹⁾ § 6 GWB

²¹²⁾ im Ergebnis ebenso Gleiss/Pollems GemK § 102 Anm. 15

²¹³⁾ § 10 GWB, insoweit zweifelnd Würdinger WuW 1958, 504

²¹⁴⁾ Gleiss/Pollems in GemK. § 102 Anm. 15; Prölss VAG Anh. II § 81 Anm. 10b; Schork WuW 1958, 431

²¹⁵⁾ Würdinger WuW 1958, 504

GWB entsprechend heranzuziehen ²¹⁶⁾. §§ 13 und 14 GWB sind gemäß § 105 GWB entsprechend anwendbar. Dies kann jedoch trotz der ausdrücklichen Anordnung in § 105 GWB nicht für das in § 13 Abs. 2 normierte Rücktrittsrecht gelten, das sich seinem Wesen nach nur auf erlaubnispflichtige Tatbestände beziehen kann ²¹⁷⁾.

6. 2 Die Anwendbarkeit der übrigen Vorschriften des Ersten Teils

Die Anwendbarkeit der Vorschriften des 2. Abschnitts des Ersten Teils ist von deren Verhältnis zu § 15 GWB abhängig. Soweit sie das Verbot des § 15 GWB begrifflich voraussetzen, sind sie von vornherein unanwendbar. Dies gilt unstreitig einmal für die §§ 16 und 17 GWB, die die Legalisierung der vertraglichen Preisbindung von Markenwaren und Verlagserzeugnissen und die Mißbrauchsaufsicht über diese Verträge regeln. Beide Bestimmungen enthalten Ausnahmetatbestände zu § 15 GWB. Anwendbar bleibt dagegen die Ausschließlichkeitsverträge betreffende Vorschrift des § 18 GWB, und zwar entgegen der Auffassung von Prölss ²¹⁸⁾ in vollem Umfange ²¹⁹⁾. Einzelne Tatbestände dieser Bestimmung sind in der Kreditwirtschaft durchaus anzutreffen, so beispielsweise wenn eine Kreditgenossenschaft ihren Mitgliedern durch eine Ausschließlichkeitsklausel verbietet, sich an anderen Kreditinstituten zu beteiligen, solche zu unterstützen oder zu beliefern ²²⁰⁾. § 18 GWB betrifft Beschränkungen der Abschlußfreiheit und nicht wie § 15 GWB Beschränkungen der Inhaltsfreiheit. Die von beiden Vorschriften erfaßten Tatbestände überlagern sich folglich nicht. § 18 GWB ist von § 15 GWB unabhängig und bleibt daher von der Freistellung dieser Norm unberührt ²²¹⁾. Auch § 19 GWB, der die Gültigkeit der übrigen mit Abreden im Sinne der §§ 15 und 18 GWB verbundenen Vertragsbestandteile regelt, gilt fort, und zwar nicht nur insoweit, als er die Weitergeltung der anderen Abreden bei Eingriffen der Kartellbehörde in Verträge nach § 18 GWB betrifft, sondern auch für die Fälle der §§ 15 ff GWB, wenn nämlich die Kartellbehörde jene Verträge oder Beschlüsse wegen Mißbrauchs der Freistellung nach § 102 Abs. 2 GWB für unwirksam erklärt ²²²⁾.

Auch die selbständigen Bestimmungen der §§ 20 und 21 GWB, die unerlaubte Lizenzverträge und Verträge über nicht geschützte Erfindungsleistungen be-

²¹⁶⁾ Gleiss/Pollems in GemK. § 102 Anm. 20

²¹⁷⁾ Gleiss/Pollems in GemK. § 102 Anm. 15; Prölss VAG Anh. II § 81 Anm. 10b; Szagunn in Szagunn-Neumann KWG Anh. § 23 Anm. 21; a. A. Neumann, Kreditinstitute, insbesondere Bausparkassen und Versicherungsunternehmen im Kartellgesetz, 1959 S. 7; Würdinger WuW 1958, 505

²¹⁸⁾ Prölss VAG Anh. II § 81 Anm. 10c, 11

²¹⁹⁾ Gleiss/Pollems in GemK. § 102 Anm. 15; Neumann aaO. S. 8; Raiser, R. in Festgabe für Prölss S. 211; Szagunn in Szagunn-Neumann KWG Anh. § 23 Anm. 21

²²⁰⁾ Eine solche Klausel war Gegenstand des BGH Urt. vom 16. 3. 1954 in BGHZ 13, 33

²²¹⁾ Baumbach-Hefermehl GWB § 18 Anm. 1; Koch Sparkasse 1958, 123; Müller-Gries GWB § 18 Anm. 1; Schwartz in GemK. § 18 Anm. 1

²²²⁾ Im Ergebnis ebenso Prölss VAG Anh. II § 81 Anm. 11; Raiser, R. in Festgabe für Prölss S. 211

handeln, gelten für die Kreditwirtschaft. Die letzteren Sachverhalte sind jedoch ohne jegliche praktische Bedeutung. Die Kartellbehörde ist ferner berechtigt, marktbeherrschenden Unternehmen ein mißbräuchliches Verhalten zu untersagen²²³⁾. Kreditinstitute sind, wie andere Unternehmen auch, nach §§ 23, 24 GWB zur Anzeige von Zusammenschlüssen verpflichtet. Sie unterliegen uneingeschränkt dem Verbot diskriminierender Maßnahmen und dem Verbot von Liefer- und Bezugssperren, wie auch den Spitzenverbänden untersagt ist, ein Kreditinstitut durch die Ablehnung der Aufnahme in den Verband unterschiedlich zu behandeln²²⁴⁾. Die Verbände des Kreditgewerbes können, wie Wirtschaftsvereinigungen allgemein, für ihren Bereich Wettbewerbsregeln aufstellen und deren Eintragung in das Register für Wettbewerbsregeln beantragen²²⁵⁾. Schließlich sind die gemeinsamen Bestimmungen des sechsten Abschnitts — §§ 34 — 37 GWB — über die Form der Kartellverträge, die Schadensersatzpflicht bei Verstößen gegen das Kartellgesetz, den Kartellvertreter und die gesamtschuldnerische Haftung der Kartellmitglieder anwendbar. Die Formvorschrift des § 34 GWB gilt gemäß § 105 GWB allerdings nur entsprechend, also für die im Kreditgewerbe zulässigen wettbewerbsbeschränkenden Verträge und Beschlüsse.

6. 3 Die Zulässigkeit von Wettbewerbsregeln im Kreditgewerbe

6. 31 Allgemeine Zulässigkeit gemäß §§ 28 ff GWB

Von spezieller Bedeutung für die Kreditwirtschaft ist die in § 28 Abs. 1 GWB generell den Wirtschafts- und Berufsvereinigungen, also auch Spitzenverbänden des Kreditgewerbes eingeräumte Möglichkeit, für ihren Wirtschaftsbereich Wettbewerbsregeln aufzustellen. Nach der Legaldefinition des Absatzes 2 sind unter Wettbewerbsregeln im Sinne der Vorschriften des fünften Abschnitts Bestimmungen zu verstehen, „die das Verhalten von Unternehmen im Wettbewerb regeln zu dem Zweck, einem den Grundsätzen des lauter Wettbewerbs zuwiderlaufenden Verhalten im Wettbewerb entgegenzuwirken und ein diesen Grundsätzen entsprechendes Verhalten im Wettbewerb anzuregen“. Diese Regeln können gemäß Absatz 3 in ein Register für Wettbewerbsregeln eingetragen werden mit der Wirkung, daß Vereinbarungen der Beteiligten über die Einhaltung dieser eingetragenen Wettbewerbsregeln keine kartellwidrigen Verträge oder Beschlüsse im Sinne des § 1 GWB sind²²⁶⁾. Eingetragene Wettbewerbsregeln sind kartellrechtlich privile-

²²³⁾ § 22 GWB

²²⁴⁾ §§ 25, 27 GWB

²²⁵⁾ Über die Fortgeltung der Vorschriften des 3. bis 5. Abschnitts besteht einhellige Meinung: Gleiss/Pollems in GemK. § 102 Anm. 16; Koch Sparkasse 1958, 74; Neumann, Kreditinstitute, insbesondere Bausparkassen und Versicherungsunternehmen im Kartellgesetz 1960 S. 8 f; Prölss VAG Anh. II § 81 Anm. 11 mit Ausnahme von § 26 Abs. 1 GWB; Raiser, R. in Festgabe für Prölss S. 211 f; Schreihage ZfK 1960, 16; Vassel Vers. R. 1958, 74

²²⁶⁾ § 29 GWB

giert, da ein Einwand, die Regeln verstießen gegen § 1 GWB, nicht mehr durchdringt²²⁷⁾. Bis zur Eintragung übernehmen dagegen die Beteiligten das Risiko, sich kartellwidrig zu verhalten²²⁸⁾.

Die Eintragung darf aber nur erfolgen, wenn die Wettbewerbsregel oder eine Vereinbarung über die Einhaltung derartiger Regeln nicht gegen Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb oder sonstige rechtliche Vorschriften verstößt²²⁹⁾. Wettbewerbsregeln dürfen nur der Förderung des lautereren Wettbewerbs dienen, ohne dabei Wettbewerbsbeschränkungen herbeizuführen. Es darf nur einem unlauteren Verhalten entgegengewirkt werden, und zwar durch Regeln lautereren Verhaltens, die aber ihrerseits nicht die Wettbewerbsfreiheit der Beteiligten beschränken dürfen. Als lauter in diesem Sinne sieht das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen nach allgemeiner Auffassung jenen Wettbewerb an, der nicht gegen das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb und dessen Nebengesetze verstößt²³⁰⁾. Danach verstoßen also Regeln, die ein lautereres Wettbewerbsverhalten verbieten, gegen § 1 GWB, sind damit unwirksam und können nicht in das Register für Wettbewerbsregeln eingetragen werden. Andererseits sind Regeln über unlautere Wettbewerbshandlungen nach allgemeiner Meinung kartellrechtlich zulässig. Sie fallen nicht unter das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, da die Freiheit unlauteren Wettbewerbs unstreitig nicht durch das Gesetz geschützt wird²³¹⁾.

Soweit Tatbestände allgemein als lauter oder unlauter anerkannt sind, bereiten solche Vereinbarungen keine Schwierigkeiten. Anders verhält es sich mit der Vereinbarkeit von Wettbewerbsregeln der sogenannten „grauen Zone“, also jenen Tatbeständen, deren Unlauterkeit in der Rechtsprechung oder wegen abweichender Branchenauffassung umstritten ist. Hier bedarf es der Abwägung zwischen Lauterkeitsinteressen und dem Interesse an der Wettbewerbsfreiheit²³²⁾. Dabei können nicht streng formale Gesichtspunkte maßgebend sein, weil sonst Wettbewerbsregeln weitgehend unzulässig wären. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen will seiner Zielsetzung nach den Leistungswettbewerb als Ordnungsprinzip gewährleisten. Bei der Beurteilung von Wettbewerbsregeln ist daher der Begriff des Leistungswettbewerbs als Maßstab zugrunde zu legen²³³⁾.

227) BGH Urt. vom 26. 10. 1961 — Speditionsreklame — WuW/E BGH 451 (456); Baumbach-Hefermehl GWB § 29 Anm. 4; Rinck, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 908

228) Franzen in GemK. § 29 Anm. 3; Rauschenbach, Wirtschaftsrecht 1965 S. 143

229) § 31 Abs. 1 GWB

230) Baumbach-Hefermehl GWB § 28 Anm. 11; Franzen in GemK. § 28 Anm. 18; Rinck, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 896

231) Baumbach-Hefermehl GWB § 1 Anm. 36 und § 28 Anm. 11; Frankfurter Kommentar § 1 Tz. 31, 32; Langen, Kommentar z. Kartellgesetz 4. Aufl. § 1 Tz. 80; Rauschenbach, Wirtschaftsrecht 1965 S. 144; Rinck, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 625

232) Franzen in GemK. § 28 Anm. 25

233) BKA Tätigkeitsbericht 1960 S. 56; Baumbach-Hefermehl GWB § 28 Anm. 10; Rauschenbach, Wirtschaftsrecht 1965 S. 147; Rinck, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 904

6. 32 Das Wettbewerbsabkommen

Im Kreditgewerbe gelten seit dem 11. Mai 1928 Wettbewerbsregeln. Bereits vor Abschluß des Haben- und Sollzinsabkommens hatten die Spitzenverbände die Einhaltung bestimmter Verhaltensnormen im Wettbewerb vereinbart. Nachdem die Bestimmungen des Abkommens erstmals am 12. Dezember 1930 ergänzt worden waren ²³⁴⁾, wurde das „Wettbewerbsabkommen“ gemeinsam mit den neu geschaffenen Zinsabkommen dem Mantelvertrag unterstellt und am 9. Januar 1932 für allgemein verbindlich erklärt ²³⁵⁾. Von da an teilte das Wettbewerbsabkommen das rechtliche Schicksal der Zinsabkommen. Es galt bis zum Erlaß des Kreditwesengesetzes als hoheitliche Anordnung gemäß § 36 KWG 39 fort. Als solche war das Wettbewerbsabkommen, wie auch die Zinsabkommen, nicht der Unwirksamkeitsfolge des § 1 GWB unterworfen und bestand zunächst uneingeschränkt über den 1. Januar 1958 hinaus fort.

Die Bestimmungen dieses Abkommens waren als Ergänzung der Zinsabkommen erforderlich, um zu verhindern, daß der durch die Zinsabkommen eingeschränkte Leistungswettbewerb zu sachwidrigen Auswüchsen auf anderen Wettbewerbsbereichen, insbesondere der Werbung führte. Die besondere Stellung der Kreditinstitute in der Gesamtwirtschaft, das Ansehen und das Vertrauen des Publikums zu den Kreditinstituten gebot eine angemessene Zurückhaltung im Wettbewerb. Daher brachte das Wettbewerbsabkommen in erster Linie eine Beschränkung der Werbung. Es verbot unter anderem eine Herabsetzung anderer Kreditinstitute in der geschäftlichen Werbung und eine vergleichende Gegenüberstellung des eigenen mit anderen Kreditinstituten, die den Eindruck geringerer Sicherheit anderer Unternehmen hervorrief, wie auch allgemein jede aufdringliche und der Berufsauffassung des Kreditgewerbes nicht entsprechende Reklame nicht gestattet war. Daneben behandelte es die Unlauterkeit anderer Maßnahmen, wie die Unzulässigkeit gewisser Ausschlussklauseln, den Mißbrauch des bargeldlosen Zahlungsverkehrs zu Zwecken des Kundenfangs und das Verbot der Eröffnung sogenannter wertbeständiger Konten. Einzelne dieser Vorschriften wurden im Laufe der Zeit am Beispiel verschiedener Einzelfälle durch Schreiben des jeweiligen Aufsichtsorgans konkretisiert ²³⁶⁾.

Durch das Gesetz über das Kreditwesen vom 10. Juli 1961 ist die bisherige Rechtsgrundlage zum Erlaß von Anordnungen gemäß § 63 KWG aufgehoben worden. Zwar bleiben nach den Überleitungsbestimmungen des § 62 KWG die auf Grund der bisherigen Rechtsvorschriften erlassenen Anordnungen aufrechterhalten, aber nur soweit ihnen nicht Bestimmungen des Kreditwesengesetzes entgegenstehen. Die neuen Aufsichtsbefugnisse über die Werbung der Kreditinstitute sind in § 23 Abs. 2 KWG festgelegt. Das Bundesaufsichtsamt ist danach nur noch befugt, bestimmte Arten der Werbung zu

²³⁴⁾ Deutsche Sparkassen-Zeitung vom 16. 12. 1930

²³⁵⁾ RGBl. I S. 29

²³⁶⁾ abgedr. bei Consbruch-Möller KWG-Texte, 4. Aufl. S. 213 ff

untersagen, um Mißständen bei der Werbung der Kreditinstitute zu begegnen. In das gesamte übrige Wettbewerbsverhalten mit Ausnahme der Zinsen und Provisionen im Einlagen- und Kreditgeschäft kann es nicht mehr eingreifen. Soweit das Wettbewerbsabkommen also andere Tatbestände als die geschäftliche Werbung regelt, ist es unwirksam. Neumann meint im Gegensatz dazu, das gesamte Abkommen gelte nicht mehr, weil der Aufsichtsbehörde die Möglichkeit genommen sei, vor Eintritt eines tatsächlichen Mißstandes Wettbewerbsgrundsätze aufzustellen²³⁷⁾. Das Recht, Mißständen zu „begegnen“, gestattet jedoch auch vorbeugende Maßnahmen²³⁸⁾. Die Aufsichtsbefugnis ist durch das Kreditwesengesetz 1961 insofern geschmälert worden, als nur noch zulässig ist, einen „Mißstand“ in der Werbung zu verhindern. Da diese Maßnahmen ebenfalls durch Verwaltungsakte ergehen, ist das Wettbewerbsabkommen mit seinen die Werbung betreffenden Bestimmungen noch wirksam²³⁹⁾. Den Spitzenverbänden des Kreditgewerbes steht es weiterhin frei, neben dem noch beschränkt fortbestehenden Wettbewerbsabkommen selbst Wettbewerbsregeln über andere als die Werbung betreffende Bereiche und über solche Formen der Werbung, die noch keinen Mißstand darstellen, zu vereinbaren. In diesen Fällen erlangen die Bestimmungen der §§ 28 ff. GWB Bedeutung. Es bedarf dann im Rahmen dieser Vorschriften einer sorgfältigen Prüfung, ob sich die Wettbewerbsregeln darauf beschränken, einem unlauteren Wettbewerb zu begegnen oder ob sie nicht auch in den Bereich lauten Wettbewerbs beschränkend eingreifen. Nur im ersten Fall kann eine Registrierung gemäß § 28 Abs. 3 GWB erreicht werden, die dann ihrerseits zu der Privilegierung führt, daß Vereinbarungen über die Einhaltung dieser Regeln nicht gegen § 1 GWB verstoßen. Im zweiten Fall würde eine derartige Regel oder eine Verpflichtung zur Befolgung der Regeln die Bestimmung des § 1 GWB verletzen.

6. 33 Zulässigkeit durch Meldung gemäß § 102 Abs. 1 S. 2 GWB

Durch die Freistellung in § 102 Abs. 1 S. 1 GWB ist dem Kreditgewerbe daneben eine zweite Möglichkeit eröffnet worden, Tatbeständen der „grauen Zone“ in Wettbewerbsregeln Wirksamkeit zu verschaffen. Da die Spitzenverbände wettbewerbsbeschränkende Verträge durch Meldung bei der Bankenaufsichtsbehörde von der Unwirksamkeitsfolge des § 1 GWB freistellen können, werden auf diesem Wege auch jene durch Eintragung in das Wettbewerbsregister an sich nicht sanktionsfähigen Wettbewerbsregeln gemäß § 102 Abs. 1 S. 2 GWB wirksam²⁴⁰⁾. Das auf diesem Wege Erreichbare geht

²³⁷⁾ Neumann in Szagunn-Neumann KWG § 23 Anm. 78 und 83

²³⁸⁾ Consbruch-Möller KWG § 23 Anm. 9

²³⁹⁾ h. M. Consbruch KWG § 23 Anm. 9; Salzmann/Eibl Bankrecht Z. 453; im Ergebnis ebenso der Zentrale Wettbewerbsausschuß des Kreditgewerbes in Stellungnahme Nr. 18 vom 1. 10. 1964, abgedr. in Salzmann/Eibl Bankrecht Z. 452

²⁴⁰⁾ Gleiss/Pollems in GemK. § 102 Anm. 16; Neumann, Kreditinstitute, insbesondere Bausparkassen und Versicherungsunternehmen im Kartellgesetz 1960 S. 14; Schork Sparkasse 1957, 287 und WuW 1958, 436; Schreihage ZfK 1960, 16; Szagunn in Szagunn-Neumann KWG Anh. § 23 Anm. 9; Vassel VersR 1958, 74; unklar Prölss VAG Anh. II § 81 Anm. 11

sogar weiter. Während nämlich eine Eintragung in das Wettbewerbsregister nur die Verbände des Kreditgewerbes erreichen können, werden über § 102 GWB auch zwischen Kreditinstituten eines Bankplatzes vereinbarte Wettbewerbsregeln verbindlich. Darüber hinaus könnten die Wettbewerbsregeln sogar auf das Wettbewerbsverhalten in der sogenannten „weißen Zone“²⁴¹⁾ wirksam ausgedehnt werden. In all diesen Fällen unterliegen die Regeln jedoch der Mißbrauchsaufsicht nach § 102 Abs. 2 GWB.

6. 4 Die Anwendbarkeit der Vorschriften des Zweiten Teils

Die Frage nach der Fortgeltung der im Zweiten Teil des Gesetzes zusammengefaßten Vorschriften §§ 38 bis 43 GWB ist unterschiedlich zu beantworten. Die Haftungsbestimmungen §§ 40 bis 42 GWB wie auch die Verjährungsregelung des § 43 GWB bleiben uneingeschränkt anwendbar, da sie von der Ausnahmeregelung des § 102 GWB nicht berührt werden²⁴²⁾.

Anders verhält es sich jedoch mit den Ordnungswidrigkeitstatbeständen der §§ 38, 39 GWB. Der Gesetzgeber hat die Bußgeldsanktionen des § 38 GWB im allgemeinen an gesetzliche Tatbestände oder kartellbehördliche Maßnahmen angeknüpft, die materiell-rechtlich im wesentlichen im Ersten Teil des Gesetzes geregelt sind. Die in diesem Zusammenhang bedeutsamsten materiellen Vorschriften der §§ 1 und 15 GWB bestimmen für wettbewerbsbeschränkende Verträge und Beschlüsse lediglich die zivilrechtliche Folge der Unwirksamkeit. Erst das Hinwegsetzen über die Unwirksamkeit gibt gemäß § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB diesem Verhalten verbotswidrigen Charakter. Unternehmen des Kreditgewerbes handeln daher insoweit nicht ordnungswidrig, als sie durch die Regelung des § 102 GWB von einzelnen Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausgenommen sind. Dies gilt zunächst einmal ohne weiteres für § 15 und die sich auf diese Vorschrift beziehenden Bestimmungen, ferner aber auch unter der Voraussetzung einer ordnungsgemäßen Meldung gemäß § 102 Abs. 1 S. 2 GWB für § 1 GWB und jene oben genannten Vorschriften, deren Anwendbarkeit von der Geltung dieser Norm abhängt. Danach ist § 38 Abs. 1 GWB hinsichtlich der Ordnungswidrigkeitstatbestände Nr. 3, 5 bis 9, die die Verwertung von Sicherheiten entgegen § 14 Abs. 1 ohne Erlaubnis (Nr. 3), die Zuwiderhandlung gegen eine auf die §§ 56 oder 63 Abs. 3 GWB gestützte einstweilige Anordnung (Nr. 5), gegen Auflagen der Kartellbehörde (Nr. 6) oder gegen das Verbot der Veranlassung zu Wettbewerbsbeschränkungen und dem Boykott- und Diskriminierungsverbot (Nr. 8) sowie die Abgabe unrichtiger oder unvollständiger Angaben zur Erschleichung einer Erlaubnis oder Eintragung (Nr. 7) oder die Zufügung eines wirtschaftlichen Nachteils im Sinne des § 38 Abs. 1 Nr. 9 GWB ahnden, uneingeschränkt gültig. Das in § 38 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB normierte Verbot, sich über unwirksame oder für unwirksam er-

²⁴¹⁾ Rinck, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 899

²⁴²⁾ Gleiss/Pollems in GemK. § 102 Anm. 17; Prölss VAG Anh. II § 81 Anm. 11

klärte Verträge oder Beschlüsse hinwegzusetzen, hat dagegen nur noch hinsichtlich einiger der in den Bestimmungen genannten Kartelltatbestände Bedeutung. So bleibt für das Kreditgewerbe vom Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB lediglich das Hinwegsetzen über unwirksame Abmachungen, die Patente oder Gebrauchsmuster (§ 20 Abs. 1) und Betriebsgeheimnisse (§ 21) sowie die Erfüllung nicht mehr fortgeltender Altverträge (§ 106) betreffen, tatbestandmäßig. Nach § 38 Abs. 1 Nr. 2 GWB ist noch das Hinwegsetzen über im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht für unwirksam erklärte horizontale und vertikale Kartellverträge oder -beschlüsse bankgeschäftlichen Inhalts (§ 102 Abs. 2), Ausschließlichkeitsbindungen (§ 18 Abs. 1) und Verträge marktbeherrschender Unternehmen (§ 22 Abs. 4) mit Bußgeld bedroht. Schließlich hat auch das Verbot des Zuwiderhandelns gegen eine kartellbehördliche Verfügung in § 38 Abs. 1 Nr. 4 GWB nur noch insofern Bedeutung, als die Verfügung sich auf die vorstehend bezeichneten Mißbrauchstatbestände stützt oder die abgelehnte Aufnahme eines Kreditinstituts in eine Wirtschafts- oder Berufsvereinigung anordnet.

Die Fortgeltung des § 38 Abs. 2 GWB ist unproblematisch, soweit es sich um die Ordnungswidrigkeitstatbestände des Satzes 1 und des Satzes 3 handelt. Der Beihilfetatbestand des Satzes 1 gilt selbstverständlich nur bezogen auf die vorstehend aufgezählten Ordnungswidrigkeiten des § 38 Abs. 1 GWB, die im Kreditgewerbe noch mit Bußgeld bedroht sind. Mittelstandsempfehlungen im Sinne des Satzes 3 sind ohne weiteres auch im Kreditgewerbe zulässig. Dagegen ist das Empfehlungsverbot des § 38 Abs. 2 S. 2 GWB heftig umstritten.

6. 5 Wettbewerbsbeschränkende Empfehlungen in der Kreditwirtschaft

6. 51 Die Bedeutung der Empfehlung in der Kreditwirtschaft

Die Empfehlung ist in der Kreditwirtschaft der typische kartellrechtliche Tatbestand. Dies wird schon zahlenmäßig dadurch belegt, daß von den seit Inkrafttreten des Kartellgesetzes gemeldeten 24 Wettbewerbsbeschränkungen 21 durch eine Empfehlung herbeigeführt worden sind²⁴³). Auch wegen der wirtschaftlichen Bedeutung der geregelten Sachfragen stehen die Empfehlungen ganz im Vordergrund. Während insbesondere in den zwei gemeldeten Kartellverträgen die Geschäftsbanken betreffende Probleme banktechnischer Art behandelt sind, beruht die sachlich übereinstimmende Ausgestaltung einzelner Bankgeschäfte durch die Kreditinstitute ausschließlich auf Empfehlungen. Dies gilt für Auslandsgeschäfte in Wertpapieren, Anschaffungsdarlehen, bestimmte Kreditaktionen, bargeldlose Lohn- und Gehaltszahlungen, Dokumenten-Akkreditive, Anderkonten und Anderdepots für Rechtsanwälte und Notare und für den Wegfall der Depotgebühren für Kleindepots. Daneben sind aber auch banktechnische Fragen — Verwendung von Endlosformularen bei Überweisungen, zwischenbanklicher Verkehr der Korrespondenzbanken,

²⁴³) siehe die Ausführungen zu Ziff. 4. 3

Verfahren bei Belastung avisierter Scheckziehungen von Banken — und geschäftspolitische Probleme — Geschäftsöffnung an Sonnabenden, Einschränkungen bei der Errichtung von Zweigstellen — durch Empfehlungen geregelt ²⁴⁴⁾.

Die Empfehlungen werden ganz überwiegend von den einzelnen Spitzenverbänden ausgesprochen und sind an die diesen angeschlossenen Kreditinstitute gerichtet. Nur die Empfehlung zur bargeldlosen Lohn- und Gehaltszahlung und zur Einschränkung der Errichtung von Zweigstellen sind vom Zentralen Kreditausschuß ausgegangen.

Der Umstand, daß der einzelne Spitzenverband Empfehlender und das Verbandsmitglied jeweils Empfehlungsempfänger ist, beruht auf der besonderen Wettbewerbsstruktur des Bankenmarktes. Es dokumentiert sich in ihm der für die Kreditwirtschaft typische Gruppenwettbewerb. Ein Wettbewerbskampf herrscht wohl zwischen Unternehmungen verschiedener Gruppen, weniger aber innerhalb der Gruppen selbst ²⁴⁵⁾. Lediglich unter den Kreditbanken ist ein ausgeprägter Wettbewerb zu beobachten. Dies gilt in erster Linie für das überregionale Großgeschäft mit Industrieunternehmen, trifft aber auch für das Einlagen- und Kreditgeschäft im lokalen Bereich zu. Demgegenüber ist auf dem Sparkassensektor durch das in den Sparkassengesetzen ²⁴⁶⁾ und Satzungen festgelegte Regionalprinzip der Wettbewerb untereinander ausgeschlossen. Zwischen den Genossenschaften besteht zumindest im Kreditgeschäft ebenfalls kein Wettbewerb, da die geschäftsmäßige Gewährung von Darlehen an Personen außerhalb des Kreises der Genossen gemäß § 8 Abs. 2 GenG nicht zulässig ist ²⁴⁷⁾.

Neben dieser spezifischen Wettbewerberscheinung gehen ein aus der volkswirtschaftlichen Sonderstellung herruleitendes Zusammengehörigkeitsgefühl und eine aus der Tradition gewachsene große Verbandstreue einher, die eine verbandsmäßige Steuerung des Wettbewerbsverhaltens durch ihrem Wesen nach unverbindliche Empfehlungen möglich machen. Hinzukommt, daß die Empfehlung in der Praxis regelmäßig die einzige technisch durchführbare Form ist, den Wettbewerb zu beschränken. Bei der großen Zahl der den Verbänden des Kreditgewerbes angehörenden Kreditinstitute ist es häufig nicht möglich, alle Mitglieder zum Abschluß eines Kartellvertrages zusammenzuführen, der dann nach § 102 Abs. 1 S. 2 GWB an das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen gemeldet werden könnte, wenn auch die Mehrzahl der wettbewerbsbeschränkenden Tatbestände in der Kreditwirtschaft, wie einheitliche Sätze für nicht gebundene Zinsen und Provisionen, Richtlinien für bestimmte Kreditaktionen oder Grundsätze für die Abwicklung einzelner Bank-

²⁴⁴⁾ Tätigkeitsbericht 1960 S. 37; 1961 S. 55; 1962 S. 66; 1963 S. 63; 1964 S. 47/48

²⁴⁵⁾ Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft, Bt.-Drucks. IV 2320 S. 36

²⁴⁶⁾ Sparkassengesetz für das Land Niedersachsen vom 6. 7. 1962 Nds. GVobL. S. 77 ff

²⁴⁷⁾ Stellungnahme der Bundesregierung zum Konzentrationsbericht, Bt.-Drucks. IV 2320 S. 91

geschäfte, im Gegensatz zu ähnlichen Tatbeständen in anderen Wirtschaftszweigen von der Sache her in Verträgen zweckmäßig geregelt werden könnte.

6. 52 Das Wesen des Empfehlungstatbestandes

Nachdem im Entwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zunächst vorgesehen war, die wettbewerbsbeschränkenden Empfehlungen materiellrechtlich in einer selbständigen Norm zu regeln und eine Verletzung dieser Bestimmung mit einem Bußgeld zu sanktionieren²⁴⁸⁾, ist die Empfehlung im geltenden Gesetzestext als Ordnungswidrigkeit in § 38 Abs. 2 S. 2 GWB behandelt. Das Empfehlungsverbot ist in die Form eines Umgehungstatbestandes gefaßt. Der Gesetzgeber hat nicht die Empfehlung als solche und auch nicht einfach die Umgehung von Verboten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verboten, sondern denjenigen mit einer Geldbuße bedroht, „der Empfehlungen ausgesprochen hat, die eine Umgehung der in dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausgesprochenen Verbote oder der von der Kartellbehörde auf Grund jenes Gesetzes erlassenen Verfügungen durch gleichförmiges Verhalten bewirkt“.

Das Wesen der Empfehlung ist seit den Ausführungen des Bundesministeriums für Wirtschaft in einem Schreiben an den Gesamtverband des Deutschen Groß- und Ausfuhrhandels e. V. vom 9. 6. 1950²⁴⁹⁾ Gegenstand vieler Erörterungen gewesen²⁵⁰⁾. Nach Erlaß des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen konzentrierte sich der Streit auf die Frage nach Inhalt und Charakter des Empfehlungsverbots nach § 38 Abs. 2 S. 2 GWB. Streitsgegenstand war insbesondere, ob für eine Umgehung im Sinne jener Bestimmung schon die objektive Wirkung, daß sich die Empfehlungsempfänger auf Grund einer ausgesprochenen Empfehlung gleichförmig verhalten, ausreicht²⁵¹⁾ oder ob die Adressaten auch „faktisch“ gebunden sein müssen, so daß sie sich wegen der Beschränkung der Entscheidungsfreiheit der Befolgung der Empfehlung nicht

248) §§ 24, 31 Nr. 7 des RegE. Bt.-Drucks. II/1158 Anl. 1 bzw. §§ 24, 31 Nr. 9 des Beschlusses des Ausschusses für Wirtschaftspolitik Bt.-Drucks. II/3644

249) WuW/E BWM 4

250) vgl. Gutachten des Bundesjustizministers vom 9. 11. 1951 WuW 1952, 837; BGH Urt. vom 17. 12. 1952 WuW 1953, 103; BGH Urt. vom 15. 12. 1953 BGH St 5, 218 ff; Gnam NJW 1952, 133; v. Katzler WuW 1952, 343; Meyer-Cording NJW 1953, 565

251) Arbeitstagung der Kartellbehörden am 22./23. 4. und 23./24. 6. 1959 WuW 1959, 513; Becker BB 1958, 430 f; Ehle WuW 1964, 320; Hoth WRP 1958, 293; 1959, 103; Kracht Anm. z. Urt. des LG Köln vom 16. 7. 1958 BB 1958, 466; Loos BB 1958, 177 Anm. 11; Paul Betrieb 1958, 1319/1320; Pinder NJW 1958, 580; Rauschenbach, Wirtschaftsrecht 1965 S. 173; Rink, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 834, 841; Schmidt, Zur rechtlichen Lage der Versicherungswirtschaft nach dem GWB, 1960 S. 34 Anm. 79; Seydel WRP 1957, 255; Steindorf JZ 1959, 200; Vogel JZ 1958, 113; Würdinger WuW 1958, 511; Mayer-Wegelin in GemK. § 38 Anm. 10; unentschieden BGH Beschluß vom 8. 10. 1958 — 4711 — in BGHZ 28, 209 (215); OLG Stuttgart Beschluß vom 17. 5. 1961 — Kohlenpreisempfehlung — WRP 1961, 378

entziehen können²⁵²⁾. Diese wissenschaftliche Erörterung hat durch den Beschluß des Kartellsenats des Bundesgerichtshofes vom 14. 1. 1960²⁵³⁾ eine Klärung erfahren, die die Auseinandersetzung weitgehend zur Ruhe kommen ließ.

6. 521 Die Empfehlung

Im Gegensatz zu Verträgen und Beschlüssen, die mehrseitige Rechtsgeschäfte sind und regelmäßig Verpflichtungen begründen, sind Empfehlungen einseitige Erklärungen, die ihrem Wesen nach rechtlich unverbindlich sind. Die Empfehlung ist eine Erklärung, durch die der Empfehlende etwas als für einen anderen gut oder vorteilhaft bezeichnet und es ihm deshalb anrät, nahelegt oder vorschlägt²⁵⁴⁾ und die darauf zielt, den Empfänger zu einem bestimmten Verhalten im Wettbewerb zu beeinflussen. Durch diese typische Bestimmungstendenz unterscheidet sich die Empfehlung von einer Mitteilung, Belehrung oder Auskunft²⁵⁵⁾. Sie beläßt dem Adressaten der Erklärung die Entscheidungsfreiheit. Eine faktische Bindung des Empfängers verlangt der Begriff der Empfehlung nicht²⁵⁶⁾. Die tatsächliche Bindungskraft ist nur eine mögliche Wirkung der Empfehlung, die aber von Umständen abhängt, die außerhalb der Empfehlung selbst liegen²⁵⁷⁾. Der Wortlaut der Erklärung als solcher ist nicht maßgebend. Entscheidend ist vielmehr der Sinn, wie er sich aus dem Zusammenhang aller Umstände ergibt, der „Erklärungshintergrund“²⁵⁸⁾. Das Empfehlungsverbot will ein Verhalten unterbinden, das die gleichen unerwünschten wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen hat wie ein vertrags- oder beschlußgebundenes Verhalten, das nach § 1 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB verboten ist. Der Gesetzgeber will verhindern, daß an die Stelle eines unwirksamen Vertrages oder Beschlusses eine Empfehlung tritt. Da aber der Fall des § 1 GWB nur solche Verträge oder Beschlüsse betrifft, die geeignet sind, den Wettbewerb zu beschränken, das Um-

²⁵²⁾ Benisch Betrieb 957, 790; WuW 1959, 718; Hefermehl JZ 1961, 179 Anm. z. BGH St 14, 55 und in Baumbach-Hefermehl GWB § 38 Anm. 22; Hengstenberg WuW 1958, 444; Lieberknecht MA 1958, 239; GRUR 1960, 356 Anm. z. BGHSt 14, 55; Löffler-Glaser Betrieb 1959, 281; Lutz NJW 1958, 129; Mayer-Wegelin BB 1958, 188; Neumann, Kreditinstitute, insbesondere Bausparkassen und Versicherungsunternehmen im Kartellgesetz 1960 S. 15; Strickrodt Betrieb 1958, 18; Müller-Gries § 38 Anm. 25, 33; ähnlich Huber, Das Empfehlungsverbot 1959 S. 40/41 und Schwarz MA 1958, 510, die die faktische Bindung als Begriffsmoment der Empfehlung ansehen.

²⁵³⁾ BGH Beschluß vom 14. 1. 1960 — Kohlenplatzhandel — in BGH St, 14, 55 ff

²⁵⁴⁾ BGH — Kohlenplatzhandel — in BGH St. 14, 57/58; zum Empfehlungs-begriff insbesondere Ehle WuW 1963, 971 ff; 1964, 308 ff

²⁵⁵⁾ Baumbach-Hefermehl GWB § 38 Anm. 4; Hengstenberg WuW 1958, 441; Hoth WRP 1958, 293; Rinck, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 833; Huber, Das Empfehlungsverbot 1959 S. 53 mit weiteren Nachweisen; Deringer BB 1960, 343 Anm. z. Urt. BGH St. 14, 55 ff äußert Bedenken gegen diese weite Fassung.

²⁵⁶⁾ a. A. Huber, Das Empfehlungsverbot 1959 S. 40, 41; Lutz NJW 1958, 129

²⁵⁷⁾ Arbeitstagung der Kartellbehörden WuW 1959, 513; Hoth WRP 1959, 103; BGH — Kohlenplatzhandel — in BGH St. 14, 58; Hefermehl in Baumbach-Hefermehl GWB § 38 Anm. 7

²⁵⁸⁾ Rinck, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 833; ähnlich Ehle WuW 1963, 981 ff

gehungsverbot aber nicht weiter gehen kann als das unmittelbare Verbot²⁵⁹⁾, muß auch die Empfehlung im Sinne des § 38 Abs. 2 S. 2 GWB geeignet sein, bei den angesprochenen Mitgliedern ein gleichförmiges Verhalten und damit eine wettbewerbsbeschränkende Marktbeeinflussung auszulösen²⁶⁰⁾.

6. 522 Die Umgehung

Die Empfehlung muß zu einer Umgehung der im Gesetz ausgesprochenen Verbote geführt haben. Als Verbote in diesem Sinne kommen nicht die materiell-rechtlichen Bestimmungen, wie §§ 1 und 15 GWB in Betracht²⁶¹⁾, da diese nur die zivilrechtliche Folge der Unwirksamkeit von wettbewerbsbeschränkenden Verträgen und Beschlüssen aussprechen, nicht aber solche Rechtsgeschäfte auch verbieten. Verbotsnorm im Sinne des § 38 Abs. 2 S. 2 GWB ist nach allgemeiner Meinung § 38 Abs. 1 in Verbindung mit § 1 GWB²⁶²⁾. Danach ist es verboten, sich über Verträge hinwegzusetzen, die wegen ihrer Eignung zur Beschränkung des Wettbewerbs unwirksam sind. Da der Verbotscharakter aus § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB folgt, ist auch der Sinn und Zweck des Verbots²⁶³⁾, dessen Umgehung in § 38 Abs. 2 S. 2 GWB mit Bußgeld bedroht ist, in erster Linie der Schutz des Marktes vor objektiv wettbewerbsbeschränkendem Marktverhalten und nicht der Schutz der Entschließungsfreiheit, wie ihn § 1 GWB zum Ziele hat. Nach herrschender Meinung²⁶⁴⁾ wendet sich der Umgehungstatbestand mithin dagegen, daß sich die Empfänger einer Empfehlung tatsächlich ebenso verhalten, als wären sie durch einen Vertrag oder Beschluß verpflichtet, so daß nach außen hin eine kartellgleiche Wirkung eintritt. Es genügt also eine objektiv wettbewerbsbeschränkende Wirkung. Eine faktische Bindung, die die Empfehlungsempfänger in ihrer Entschließungsfreiheit beschränkt, gehört also nicht zum Wesensgehalt der Umgehung²⁶⁵⁾.

Umgehungstäter ist der Empfehlende²⁶⁶⁾. Die Empfehlung wird wegen ihres wettbewerbsbeschränkenden Erfolges verboten. Daher gehört beides zum

²⁵⁹⁾ BGH — Kohlenplatzhandel — BGH St. 14, 61

²⁶⁰⁾ BGH — Kohlenplatzhandel — BGH St. 14, 61; OLG Stuttgart — Kohlenpreisempfehlung — WRP 1961, 378; Völp WRP 1960, 116; a. M. Schmidt, R., Zur rechtlichen Lage der Versicherungswirtschaft nach dem GWB 1960 S. 34, der diese objektive Einschränkung des Begriffs durch den Schluß a maiore ad minus aus § 1 GWB für nicht zwingend hält.

²⁶¹⁾ a. A. Schwartz MA 1958, 510; unklar auch Hefermehl Anm. z. BGHZ 28, 209 GRUR 1958, 626

²⁶²⁾ v. Beringe Betrieb 1960, 288; Hefermehl JZ 1961, 179 Anm. z. BGH St. 14, 55; Huber, Das Empfehlungsverbot 1959 S. 75; Lieberknecht MA 1958, 244; BGH aaO.; OLG Stuttgart — Kohlenpreisempfehlung — WRP 1961, 378

²⁶³⁾ dazu Teichmann WRP 1966, 94, der die Umgehungsnorm des § 38 Abs. 2 S. 2 GWB als einen Analogietatbestand zu § 38 Abs. 1 S. 1 GWB in Verbindung mit den dort genannten Vorschriften §§ 1, 15, 20, 21 GWB versteht.

²⁶⁴⁾ Nachweise siehe Anm. 251

²⁶⁵⁾ Rinck, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 841

²⁶⁶⁾ Rinck, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 845; Schmidt, R., Zur rechtlichen Lage der Versicherungswirtschaft nach dem GWB 1960 S. 35; Schwartz MA 1958, 512; Würdinger WuW 1958, 511; BGH — Kohlenplatzhandel — BGH St. 14, 60; a. M. Hengstenberg WuW 1958, 444; Hoth WRP 1959, 101; Huber, Das Empfehlungsverbot 1959 S. 73; Pinder NJW 1958, 580

Umgehungstatbestand. Mit der Empfehlung beginnt die unzulässige Umgehung, das gleichförmige Verhalten der Empfehlungsempfänger vollendet sie ²⁶⁷⁾.

6. 523 Gleichförmiges Verhalten

Die Umgehung muß zu einem gleichförmigen Verhalten geführt haben. Insoweit bringt das Empfehlungsverbot des § 38 Abs. 2 S. 2 GWB eine Einengung gegenüber dem Haupttatbestand der §§ 1, 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Während nämlich dieses Verbot schon überschritten ist, wenn sich nur einer der Beteiligten über die Unwirksamkeit des Vertrages oder Beschlusses hinwegsetzt, wird jenes erst verletzt, wenn wenigstens zwei Adressaten die Empfehlung befolgen. Da die Umgehung erst in der Wirkung der Empfehlung, nämlich dem gleichförmigen Verhalten, sichtbar wird ²⁶⁸⁾, muß tatsächlich eine Beeinflussung der Marktverhältnisse eingetreten sein.

Entgegen der Auffassung von Hengstenberg ²⁶⁹⁾ und Mayer-Wegelin ²⁷⁰⁾ setzt aber ein gleichförmiges Verhalten kein bewußtes und gewolltes Zusammenwirken der Empfehlungsempfänger voraus. In diesem Falle wäre sogar regelmäßig eine verbotswidrige vertragliche Absprache der Teilnehmer im Sinne des § 1 GWB gegeben, deren Einhalten unmittelbar nach § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB zu ahnden wäre ²⁷¹⁾. Der Empfehlende wäre nicht nach § 38 Abs. 2 S. 2 GWB, sondern als Teilnehmer nach Satz 1 bußfällig. Auch ein „abgestimmtes Verhalten“ im Sinne Hubers und Hengstenbergs ²⁷²⁾ ist nicht erforderlich. Die Gleichförmigkeit des Verhaltens bestimmt sich allein nach objektiven Merkmalen ²⁷³⁾.

6. 524 Beeinflussung der Marktverhältnisse

Würdinger ²⁷⁴⁾ ist im Hinblick auf die Erscheinungsformen der Versicherungswirtschaft der Ansicht, die in § 38 Abs. 2 S. 2 GWB schließlich noch vorausgesetzte effektive Beeinflussung der Marktverhältnisse sei erst dann erreicht, wenn „der Versicherungssuchende nicht mehr die Möglichkeit hat, innerhalb eines Versicherungszweiges zu verschiedenen Bedingungen abzu-

²⁶⁷⁾ BGH — Kohlenplatzhandel — BGH St. 14. 60, OLG Stuttgart — Kohlenpreisempfehlung — WRP 1961, 378

²⁶⁸⁾ BGH — Kohlenplatzhandel — BGH St. 14. 61

²⁶⁹⁾ Hengstenberg WuW 1958, 443

²⁷⁰⁾ Mayer-Wegelin Betrieb 1958, 189

²⁷¹⁾ BGH — Kohlenplatzhandel — BGH St. 14. 60

²⁷²⁾ Huber, Das Empfehlungsverbot 1959 S. 73; Hengstenberg WuW 1958, 443

²⁷³⁾ Baumbach-Liefermehl GWB § 38 Anm. 16; Ehle WuW 1964, 317; Hoth WRP 1959, 104

²⁷⁴⁾ Würdinger WuW 1958, 514 Anm. 12

schließen, also keine Möglichkeit der Auswahl unter verschiedenen Bedingungen mehr gegeben ist". Völp²⁷⁵⁾ und ihm folgend das OLG Hamburg²⁷⁶⁾ stellen darauf ab, ob für den Kunden noch eine „praktische“ oder „reale“ Möglichkeit besteht, zwischen frei kalkulierenden Anbietern und solchen, die der Empfehlung folgen, zu wählen.

Bei der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals ist davon auszugehen, daß es dem Aufbau des Tatbestandes nach nur den wettbewerbsbeschränkenden Erfolg der Empfehlung, die effektive Marktbeeinflussung ahnden soll. Eine Marktbeeinflussung ist aber nicht erst gegeben, wenn im wesentlichen überhaupt kein Wettbewerb mehr besteht. Andererseits darf der Kreis der der Empfehlung folgenden Unternehmen gemessen an der Zahl der Branchenangehörigen nicht unverhältnismäßig klein sein. Huber und Rauschenbach²⁷⁷⁾ fordern in diesem Zusammenhang, daß ein „wesentlicher Teil“ der Adressaten der Empfehlung folgt. Die Ausweichmöglichkeiten sind an Hand des regionalen Marktanteils der empfehlungsbeeinflussten Anbieter zu prüfen. Danach ist ein wettbewerbsbeschränkendes gleichförmiges Verhalten immer dann gegeben, wenn ein nach Zahl und effektiver Leistungsfähigkeit so erheblicher Teil von Empfehlungsempfängern die Empfehlung befolgt, daß es dem Marktpartner ohne zumutbare Schwierigkeiten nicht möglich ist, seinen Bedarf zu decken²⁷⁸⁾.

6. 525 Kausalzusammenhang

Die Empfehlung muß für das gleichförmige Verhalten der Empfehlungsempfänger ursächlich gewesen sein. Ein Kausalzusammenhang besteht schon dann, wenn die Empfehlung einen die Entschließung nur bestärkend fördernden Einfluß hat. Er entfällt nur, wenn derselbe Erfolg auch ohne Empfehlung eingetreten wäre²⁷⁹⁾.

6. 526 Vorsatz

Obgleich in § 38 Abs. 2 S. 2 GWB im Gegensatz zu Absatz 2 Satz 1 das Erfordernis des Vorsatzes nicht genannt ist, besteht Einigkeit darüber, daß nur

²⁷⁵⁾ Völp WRP 1958, 330

²⁷⁶⁾ OLG Hamburg, Beschluß vom 24. 8. 1959 — Kohlenplatzhandel — WuW/E OLG 290 (3. Leitsatz)

²⁷⁷⁾ Huber, Das Empfehlungsverbot 1959 S. 71; Rauschenbach, Wirtschaftsrecht 1965 S. 173; ähnlich Lieberknecht MA 1958, 243 f; Schork Sparkasse 1959, 63

²⁷⁸⁾ BGH — Kohlenplatzhandel — BGH St. 14, 64; OLG Stuttgart — Kohlenpreisempfehlung — WRP 1961, 378; Der BGH hielt 11% der örtlichen Unternehmen mit 5% Umsatzanteil für nicht ausreichend; ähnlich Schmidt, R., Zur rechtlichen Lage der Versicherungswirtschaft nach dem GWB 1960 S. 35

²⁷⁹⁾ BGH — Kohlenplatzhandel — BGH St. 14, 63; Ehle WuW 1964, 323; Rinck, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 842; ähnlich v. Beringe Betrieb 1960, 289; Benisch Betrieb 1957, 791. Zur Frage, ob im Rahmen des § 38 Abs. 2 S. 2 GWB die Äquivalenz- oder Adäquanztheorie gilt, insbesondere Ehle WRP 1964, 41 ff

eine vorsätzliche Begehung mit Bußgeld bedroht ist²⁸⁰⁾. Der Vorsatz muß sich auf alle Tatumstände des objektiven Tatbestandes erstrecken. Der Empfehlende muß eine Empfehlung aussprechen wollen, die bewußt darauf gerichtet ist, die Adressaten zu einem bestimmten Verhalten zu beeinflussen, und er muß wissen und wollen, daß die Empfänger mit einem gleichförmigen Verhalten reagieren. Bedingter Vorsatz reicht nach allgemeiner Meinung aus.

6. 527 Erscheinungsformen der Praxis

Soweit im praktischen Wirtschaftsleben des Kreditgewerbes Empfehlungen im vorstehenden Sinne ausgesprochen werden, gehen sie ganz überwiegend von den Spitzenverbänden aus und sind an die ihnen angeschlossenen Kreditinstitute gerichtet. Ob im Fall der Empfehlung nur eines einzelnen Verbandes den Bankkunden jede zumutbare Ausweichmöglichkeit genommen ist, kann im Einzelfall zweifelhaft sein. Das ausgeprägte Organisationsbewußtsein der Kreditinstitute, insbesondere im Sparkassen- und Genossenschaftsbereich, und die Verbandstreue veranlassen erfahrungsgemäß die Kreditinstitute, Empfehlungen ihrer Verbände zu befolgen. Im Regelfall wird daher mit Rücksicht auf die Zahl und Leistungsfähigkeit der den einzelnen Spitzenverbänden angehörenden Unternehmen das Erfordernis einer effektiven Marktbeeinflussung gegeben sein, zumal eine Substitution der Bankleistungen bei der Mehrzahl der Geschäfte nicht möglich ist, so daß der Umgehungstatbestand regelmäßig erfüllt sein wird.

6. 53 Zulässigkeit von Empfehlungen in der Kreditwirtschaft

Während die Empfehlungen im Ausnahmebereich des § 99 GWB — Verkehrswirtschaft — unmittelbar in Absatz 2 und 3, für die Bereiche der §§ 100 und 103 GWB — Erzeugervereinigungen und Versorgungsunternehmen — mittelbar durch die Mißbrauchsregelung des § 104 Abs. 1 Nr. 1 GWB ausdrücklich den Verträgen und Beschlüssen gleichgestellt werden, sind Empfehlungen in § 102 GWB neben Verträgen und Beschlüssen nicht genannt. Die Zulässigkeit wettbewerbsbeschränkender Empfehlungen im Kreditgewerbe ist daher heftig umstritten.

Einigkeit besteht darin, daß Empfehlungen insoweit zulässig sind, als Wettbewerbsbeschränkungen ohne Meldung beim Bundesaufsichtsamt erlaubt sind²⁸¹⁾. Da diese Wettbewerbsbeschränkungen nicht verboten sind, kann auch durch Empfehlungen kein Verbot im Sinne des § 38 Abs. 2 S. 2 GWB umgangen werden. Es darf daher ohne weiteres eine Empfehlung ausgespro-

²⁸⁰⁾ OLG Stuttgart — Kohlenpreisempfehlung — WRP 1961, 384; Baumbach-Hefermehl GWB § 38 Anm. 30; Hoth WRP 1959, 105; Mayer-Wegelin in GemK. § 38 Anm. 29; Müller-Gries GWB § 38 Anm. 32; Rinck, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 845; Seydel WRP 1957, 255

²⁸¹⁾ Huber, Das Empfehlungsverbot 1959 S. 77, 78; Koch Sparkasse 1958, 228; Neumann, Kreditinstitute, insbesondere Bausparkassen und Versicherungsunternehmen im Kartellgesetz 1960 S. 16; Schork Sparkasse 1959, 64

chen werden, die eine Umgehung des § 15 GWB bewirkt oder eine Wettbewerbslage herbeiführt, die einem durch einen Konsortialvertrag hergestellten Zustand gleicht. Empfehlungen dieser Art sind allerdings ohne große praktische Bedeutung. Eine vertikale Konditionenbindung ist im Kreditgewerbe ohnehin nicht häufig und ein Zusammenschluß mehrerer Kreditinstitute zur gemeinsamen Abwicklung von Bankgeschäften, die ihrem wirtschaftlichen Gewicht nach vernünftigerweise in der Form eines Konsortiums durchgeführt werden sollten, wird in der Praxis sicher nicht durch rechtlich unverbindliche Empfehlungen verwirklicht.

Unstreitig sind solche Empfehlungen unzulässig, die die Umgehung der im Kreditwesen fortgeltenden Verbote, wie die §§ 20 f — unerlaubte Lizenzverträge — und 25 ff — wettbewerbsbeschränkendes und diskriminierendes Verhalten — in Verbindung mit § 38 Abs. 1 GWB, sowie der auf Grund dieser Bestimmungen erlassenen Verfügungen der Kartellbehörde bewirkt haben, sofern die Verbote überhaupt ihrem Inhalt nach durch gleichförmiges Verhalten umgangen werden können.

Streitig ist mithin die Frage der Zulässigkeit von Empfehlungen, die zur Umgehung des Verbots horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen, wie beispielsweise Absprachen über Höhe, Verzinsung, Laufzeit, Bearbeitungsgebühr und Werbung für Anschaffungsdarlehen oder über die Bedingungen für Auslandsgeschäfte in Wertpapieren, führen. Hierzu werden im wesentlichen drei Meinungen vertreten: Eine von Reimann²⁸²⁾ und Koch²⁸³⁾ vertretene Ansicht hält Empfehlungen im Kredit- und Versicherungsgewerbe für unzulässig, obwohl Verträge und Beschlüsse im Sinne des § 102 Abs. 1 S. 1 GWB durch Meldung wirksam werden. Die entgegengesetzte Auffassung, zu der sich Gleiss²⁸⁴⁾, Vassel²⁸⁵⁾, R. Raiser²⁸⁶⁾ und Prölss²⁸⁷⁾ bekennen, hält das Empfehlungsverbot des § 38 Abs. 2 S. 2 GWB auch ohne Meldung für nicht anwendbar. Nach der herrschenden Mittelmeinung²⁸⁸⁾ ist § 102 GWB auf Empfehlungen sinngemäß anzuwenden. Danach werden also Empfehlungen durch Meldung bei der Aufsichtsbehörde zulässig. Dieser Ansicht folgt auch seit dem Brief vom 2. August 1961 die Praxis des Bundeskartellamtes²⁸⁹⁾, nachdem sie bis dahin wegen des inneren Zusammenhanges zwischen § 38

282) Reimann BB 1958, 178; für den Kredit- und Versicherungssektor unentschieden in BB 1961, 1185

283) Koch Sparkasse 1958, 223

284) Gleiss BB 1958, 432 und GemK. § 102 Anm. 18

285) Vassel VersR. 1958, 434

286) Raiser, R. in Festgabe für Prölss S. 207, 209

287) Prölss VAG Anh. II § 81 Anm. 6 und VW 1958, 157

288) Huber, Das Empfehlungsverbot 1959 S. 78 ff; Neumann aaO. S. 15; Rauschenbach, Wirtschaftrecht 1965 S. 174; Roidl BB 1959, 362; Schork Sparkasse 1957, 287; 1959, 64 f, 80 ff; Starck BB 1961, 888

289) BKA Brief vom 2. 8. 1961 WuW/E BKartA 379 f; aA. in Brief vom 3. 12. 1958 in WuW/E BKartA 21

Abs. 2 S. 2 und § 1 GWB die Empfehlung im Bereich des § 102 GWB für ordnungswidrig gehalten hat. Zum gleichen Ergebnis kommt auch Würdinger²⁹⁰⁾, der allerdings meint, nicht die Empfehlung als solche, sondern der durch die Empfehlung bewirkte faktische Kartellzustand sei zu melden.

R. Schmidt²⁹¹⁾ hält alle drei Lösungen für unbefriedigend, schließt aber Bußgeldsanktionen gegen nicht anmeldbare oder nicht gemeldete Empfehlungen mit der Begründung aus, daß jedenfalls in der Versicherungswirtschaft ein öffentliches Interesse an der Verfolgung nicht bestehe. Dieser Gesichtspunkt kann nach der Änderung des § 81 Abs. 2 GWB alter Fassung durch die Novelle zum Kartellgesetz vom 15. 9. 1965²⁹²⁾ nur noch im Hinblick auf das Opportunitätsprinzip des § 7 OWiG von Bedeutung sein.

6. 531 Verbot von Empfehlungen auch in der Kreditwirtschaft

Die zuerst genannte Ansicht geht bei der Auslegung des § 102 Abs. 1 GWB von den systematischen Zusammenhängen aus. Grundlage ihrer Überlegungen ist das Empfehlungsverbot des § 38 Abs. 2 S. 2 GWB. Koch²⁹³⁾ und Reimann²⁹⁴⁾ meinen, die Empfehlung sei nur in der Verbotsnorm des § 38 Abs. 2 S. 2 GWB geregelt. Diese Vorschrift sehe keine Möglichkeit vor, Empfehlungen durch eine Erlaubnis, Anmeldung oder Meldung vom generellen Verbot freizustellen. Sofern der Gesetzgeber Empfehlungen innerhalb der Bereichsausnahmen erlauben wollte, habe er sie ausdrücklich befreit. Er habe damit abschließend geregelt, wann und unter welchen Voraussetzungen innerhalb dieses Bereichs Empfehlungen zulässig sind. Eine solche Freistellung sei aber nur in § 99 Abs. 2 GWB normiert. § 102 GWB behandle zwar Verträge und Beschlüsse, nicht jedoch auch Empfehlungen. Dies folge daraus, daß § 102 Abs. 1 S. 1 GWB nur die §§ 1 und 15 GWB auf Wettbewerbsbeschränkungen für nicht anwendbar erkläre. § 1 GWB regle wettbewerbsbeschränkende Verträge und Beschlüsse. Unter diese Tatbestände sei aber die Empfehlung als Teil eines Umgehungstatbestandes nicht zu subsumieren. Da sich das Empfehlungsverbot nur aus § 38 Abs. 2 S. 2 GWB nicht aber aus § 1 GWB ergebe, habe die in § 102 Abs. 1 S. 1 GWB ermöglichte Freistellung von § 1 GWB nur das Wirksamwerden von Verträgen und Beschlüssen zur Folge. Hätte der Gesetzgeber auch Empfehlungen erlauben wollen, hätte er die Vor-

²⁹⁰⁾ Würdinger WuW 1958, 514

²⁹¹⁾ Schmidt, R., Zur rechtlichen Lage der Versicherungswirtschaft nach dem GWB 1960 S. 38/39

²⁹²⁾ BGBl. I 1363

²⁹³⁾ Koch Sparkasse 1958, 225

²⁹⁴⁾ Reimann BB 1958, 178/179, dessen Überlegungen sich allgemein auf horizontale Empfehlungen beziehen. Für Horizontalempfehlungen außerhalb der Ausnahmefälle, durch die ein ganzer Wirtschaftszweig vom § 1 GWB freigestellt wird, auch BKA Brief vom 3. 12. 1958 WuW/E BKartA 21, Brief vom 2. 8. 1961 WuW/E BKartA 380 und Kartellreferenten des Bundes und der Länder WuW 1959, 513; Baumbach-Hefermehl GWB § 38 Anm. 25; Müller-Gries GWB § 38 Anm. 31; Starck BB 1961, 887; Paul Betrieb 1958, 1322, die wegen des Ausnahmecharakters der §§ 2 bis 8 GWB eine restriktive Auslegung für geboten halten.

schrift des § 38 Abs. 2 S. 2 GWB für nicht anwendbar erklären müssen. Im Gegensatz zu § 99 Abs. 2 GWB sei § 102 Abs. 1 S. 1 GWB auch nicht in diesem Sinne zu ergänzen, da die Entstehungsgeschichte erkennen lasse, daß der Gesetzgeber den Tatbestand der Empfehlung von der Befreiungsmöglichkeit bewußt ausgenommen habe.

Dieser Argumentation könnte nur gefolgt werden, wenn § 38 Abs. 2 S. 2 GWB eine selbständige Verbotsnorm wäre²⁹⁵⁾. Der Bundesgerichtshof²⁹⁶⁾ hat zwar die Auffassung vertreten, in dem Ordnungswidrigkeitstatbestand sei angesichts der Entstehungsgeschichte der Norm zugleich das ihm entsprechende materiell-rechtliche Verbot zu erblicken, Empfehlungen auszusprechen, falls diese eine Umgehung von Verboten durch gleichförmiges Verhalten bewirken. Diese Äußerung ist jedoch dahin zu verstehen, daß die Verbotsnorm nicht akzessorisch ist, sondern daß sie ihre tatbestandlichen Voraussetzungen selbst umschreibt. Da aber der Tatbestand die Umgehung eines außerhalb dieser Norm statuierten Verbots voraussetzt, ist die Ordnungswidrigkeit vom Bestehen dieses Verbots abhängig. Wird dieses Verbot durch eine Ausnahmeregel wie § 102 Abs. 1 S. 1 GWB aufgehoben, so wird auch der Ordnungswidrigkeitstatbestand insoweit beseitigt. Diese Folge tritt unabhängig davon ein, ob § 38 Abs. 2 S. 2 GWB in der verbotsaufhebenden Norm besonders genannt ist oder nicht. Dies folgt ohne weiteres aus der Systematik des Empfehlungstatbestandes. Durch die in § 102 Abs. 1 S. 1 GWB bestimmte Unanwendbarkeit der §§ 1 und 15 GWB wird daher zugleich auch die Fortgeltung des § 38 Abs. 2 S. 2 GWB berührt. Entgegen der Meinung von Koch²⁹⁷⁾ bedarf es somit keiner auf die Entstehungsgeschichte zu stützenden Ergänzung des § 102 Abs. 1 S. 1 GWB.

Diese wäre im übrigen, jedenfalls in der von Koch genannten Fassung, sogar verfehlt. Würde § 102 Abs. 1 S. 1 GWB lauten: „die §§ 1, 15 und 38 Abs. 2 S. 2 GWB gelten nicht . . .“, so wäre § 38 Abs. 2 S. 2 GWB allgemein für nicht anwendbar erklärt und würde im Bereich der Kreditwirtschaft überhaupt nicht gelten. Es wären dann auch Empfehlungen, die Umgehungen der Verbotsvorschriften über marktbeherrschende Unternehmen, wettbewerbsbeschränkendes und diskriminierendes Verhalten und Umgehungen von Verfügungen, die zum Beispiel die Beseitigung eines Mißbrauchs der Freistellung von § 1 GWB betreffen, zulässig²⁹⁸⁾. Dieses Ergebnis würde aber über das vom Gesetzgeber offenbar angestrebte Ziel der Regelung hinausgehen. § 38 Abs. 2 S. 2 GWB brauchte nicht ausdrücklich in § 102 Abs. 1 S. 1 GWB aufgenommen zu werden. Aus der Fassung des § 102 Abs. 1 GWB in Verbindung mit dem generellen Empfehlungsverbot ergibt sich mithin nichts für ein unbedingtes Verbot von Bankenempfehlungen.

²⁹⁵⁾ zum Verbotscharakter des § 38 Abs. 2 S. 2 GWB Teichmann WRP 1966, 95/96

²⁹⁶⁾ BGH Urteil vom 8. 10. 1958 — 4711 — in BGHZ 28, 208 (211)

²⁹⁷⁾ Koch Sparkasse 1958, 225

²⁹⁸⁾ Schorck Sparkasse 1959, 65

6. 532 Verneinung des öffentlichen Interesses an der Verfolgung

Eine Lösung des Auslegungsproblems läßt sich nicht dadurch erreichen, daß man wie R. Schmidt²⁹⁹⁾ in bezug auf die Versicherungswirtschaft annimmt, es bestehe kein öffentliches Interesse an der Verfolgung der Ordnungswidrigkeit. Dieser Lösungsweg ist schon von der Systematik des Gesetzes her verfehlt.

Vor Erlaß des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 15. 9. 1965³⁰⁰⁾ gestattete es § 81 Abs. 2 GWB, von einem Bußgeld in Bagatellfällen abzusehen. Nach der Angleichung des Bußgeldverfahrens in Kartellsachen an das allgemeine Verfahren zur Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten gilt das Opportunitätsprinzip nunmehr gemäß § 7 Abs. 2 OWiG.

Durch die Verneinung des öffentlichen Interesses an der Verfolgung läßt sich nur ein in der Vergangenheit liegender Einzelfall regeln³⁰¹⁾. Bei einem noch nicht abgeschlossenen oder in der Zukunft gelegenen Tatbestand besteht dieses Verwaltungsermessen nicht. Da das Fehlen des öffentlichen Interesses an der Verfolgung nicht die Rechtswidrigkeit des Tuns aufhebt³⁰²⁾, würde eine generelle Verneinung im Falle von Empfehlungen einen dauernden Verzicht auf die Durchführung des Gesetzes bedeuten³⁰³⁾. Es würde ein gemäß § 38 Abs. 2 S. 2 GWB verbotenes Verhalten durch eine behördliche Erklärung für die Zukunft legalisiert³⁰⁴⁾.

Bei dem strengen Verbotsprinzip des Kartellgesetzes ist eine Abgrenzung von verbotenen und zulässigen Empfehlungen nicht über § 7 Abs. 2 OWiG — früher § 81 Abs. 2 GWB — zu erreichen. Dies kann vielmehr nur dadurch geschehen, daß man die Empfehlungen den Ausnahmereichen zuordnet oder sie „als außerhalb des Schutzzweckes des § 1 GWB liegend“ ansieht, wie dies das Bundeskartellamt in den Fällen der Zulässigkeit von wettbewerbsbeschränkenden, aber technische Sicherungsmaßnahmen betreffenden Empfehlungen getan hat³⁰⁵⁾.

Im übrigen ist der Empfehlungstatbestand in der Kreditwirtschaft auch keine Bagatellsache. Die Rechtsprechung beurteilt entsprechende Sachverhalte im wesentlichen nach der wirtschaftlichen Bedeutung der Wettbewerbsbeschrän-

299) R. Schmidt, Zur rechtlichen Lage der Versicherungswirtschaft nach dem GWB, 1960 S. 39

300) BGBl. I 1363

301) v. Köhler NJW 1962, 1946; Mayer-Wegelin in GemK. § 81 Anm. 2; Rauschenbach, Wirtschaftsrecht 1965 S. 201; Rehbinders BB 1964, 901; Starck BB 1961, 888

302) Rindk, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 1027

303) v. Köhler NJW 1962, 1946; Rehbinders BB 1964, 901

304) Mayer-Wegelin in GemK. § 81 Anm. 2; Rauschenbach, Wirtschaftsrecht 1965 S. 201; Rindk, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 1027

305) BKA — Doppelstecker- und Handfeuerlöcher — WuW/E BKartA 145 und 370

kung³⁰⁶⁾. Da die Empfehlung den typischen Kartelltatbestand in der Kreditwirtschaft darstellt und sich die die Empfehlung befolgenden Adressaten wegen der besonderen Verbandsstruktur immer auf ein räumlich globales Gebiet verteilen, ist der Wettbewerb immer erheblich eingeschränkt. Das öffentliche Interesse würde daher auch aus diesem Gesichtspunkt regelmäßig zu bejahen sein.

6. 533 Zulässigkeit der Empfehlungen in der Kreditwirtschaft

Nach der überwiegenden Ansicht im Schrifttum und nach der Praxis des Bundeskartellamtes sind horizontale Empfehlungen in der Kredit- und Versicherungswirtschaft zulässig. Die Argumentation der Vertreter dieser Meinung ist uneinheitlich. Es lassen sich zunächst generell zwei methodisch verschiedene Ansatzpunkte unterscheiden. Die eine Gruppe geht davon aus, § 102 Abs. 1 S. 1 GWB befreie zwar nur Verträge und Beschlüsse von Kartellverboten, doch gelte diese Regelung entsprechend auch für Empfehlungen³⁰⁷⁾. Die andere Gruppe ist dagegen der Ansicht, der Gesetzgeber habe in der Vorschrift selbst auch die Zulässigkeit der Empfehlungen in der Kreditwirtschaft geregelt³⁰⁸⁾.

6. 5331 Analoge Anwendung des § 102 Abs. 1 S. 1 GWB

Ein Teil der Vertreter jener Meinung, die davon ausgeht, das Problem der Zulässigkeit von Empfehlungen im Kreditgewerbe sei durch ergänzende Auslegung des § 102 Abs. 1 GWB zu lösen, sieht in der Empfehlung wirtschaftlich und rechtlich ein „minus“ gegenüber dem Kartellvertrag und schließt nach der Auslegungsregel „a maiore ad minus“ auf deren Zulässigkeit³⁰⁹⁾. Diese Autoren meinen, die Empfehlung erziele den gleichen wirtschaftlichen Erfolg wie ein Kartellvertrag, beschränke jedoch die Entscheidungsfreiheit der Beteiligten nicht in so starker Form.

³⁰⁶⁾ BGH Beschluß vom 28. 9. 1961 — Baubetriebsberatung — WuW/E BGH 439 (440); OLG Stuttgart Beschluß vom 19. 5. 1961 — Bierpreisempfehlung — WuW/E OLG 411 (423); OLG Celle Beschluß vom 22. 12. 1961 — Malermeister — WuW/E OLG 439 (440)

³⁰⁷⁾ BKA Brief vom 2. 8. 1961 WuW/E BKartA 379 f; Huber, Das Empfehlungsverbot 1959 S. 80; Neumann, Kreditinstitute, insbesondere Bausparkassen und Versicherungsunternehmen im Kartellgesetz 1960 S. 15; Rauschenbach, Wirtschaftsrecht 1965 S. 174; Raiser, R. in Festgabe für Prölss S. 207; Schork Sparkasse 1957, 287; 1959, 64 f, 80 ff; Starck BB 1961, 888; Würdinger WuW 1958, 514; ebenso für horizontale Empfehlungen allgemein Hengstenberg WuW 1958, 446; Lieberknecht MA 1958, 250; Loos BB 1958, 178; Rinck, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 744, 844; Schwarz MA 1958, 512

³⁰⁸⁾ Gleiss BB 1958, 432 und GemK. § 102 Anm. 18; Prölss VAG Anh. II § 81 Anm. 6; Roidl BB 1959, 362

³⁰⁹⁾ Neumann, Kreditinstitute, insbesondere Bausparkassen und Versicherungsunternehmen im Kartellgesetz 1960 S. 17; Raiser, R. in Festgabe für Prölss S. 207; Starck BB 1961, 885; für horizontale Empfehlungen allgemein auch Löffler-Glaser Betrieb 1958, 535; Meyer-Cording NJW 1953, 568

Die kartellrechtlich relevanten, wirtschaftlichen Folgen einer erfolgreichen Empfehlung gleichen zwar insoweit denen eines Kartellvertrages, als in beiden Fällen der Wettbewerb beschränkt wird. Aus diesem gleichen Erfolg in Verbindung mit dem Fehlen einer rechtlichen Bindung bei der Empfehlung kann jedoch nicht darauf geschlossen werden, die Empfehlung sei ein „minus“ zum Kartellvertrag. Eine solche Abstufung setzt vielmehr voraus, daß sich beide Formen kartellwidrigen Verhaltens in die gleiche rechtliche Ebene einordnen lassen. Nur bei rechtlich gleichartigen Erscheinungen mit ihrer Effektivität nach ungleichen Folgen kann die obige Auslegungsregel Anwendung finden. Die rechtliche Qualifizierung beider Verhaltensweisen ist jedoch grundverschieden. Wie bei den Darlegungen zum Charakter der Empfehlung bereits ausgeführt wurde, ist die Empfehlung ihrem Wesen nach unverbindlich, während der zulässige Kartellvertrag rechtlich wirksam ist. Dort steht es den Beteiligten frei, der Empfehlung zu folgen, hier sind sie verpflichtet, sich in bestimmter Weise zu verhalten. Die jeweiligen veranlassenden Momente der den gleichen wettbewerbsbeschränkenden Erfolg herbeiführenden Verhaltensweisen sind ihrer Rechtsnatur nach mithin völlig verschieden, so daß in bezug auf Empfehlungen keineswegs von einem gleichartigen „minus“ gesprochen werden kann³¹⁰⁾.

Starck³¹¹⁾ meint, die Sonderregelung in § 102 Abs. 1 GWB müsse sich notwendig deshalb allgemein auf die Beurteilung unverbindlicher Empfehlungen auswirken, weil sonst die Kreditinstitute den anderen Wirtschaftsgruppen gleichgestellt würden, für die das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen uneingeschränkt gilt. Diese Begründung überzeugt nicht. Die Annahme, Empfehlungen seien auch nach einer Meldung unzulässig, verstößt keineswegs gegen die Systematik des Gesetzes. Zwar können die Kreditinstitute, wenn sie hinsichtlich wettbewerbsbeschränkender Verträge und Beschlüsse besser als andere Wirtschaftsgruppen behandelt werden, nicht ohne sachlichen Grund in anderer, aber artgleicher Beziehung schlechter gestellt sein. Es kann jedoch durchaus sachlich gerechtfertigt sein, nur Verträge und Beschlüsse im Sinne der §§ 1 und 15 GWB unter der Voraussetzung einer Meldung freizustellen, dagegen Empfehlungen nach § 38 Abs. 2 S. 2 GWB zu verfolgen. Beispielsweise können Wesen und Wirkung der Empfehlung die Mißbrauchsaufsicht, die gemäß § 102 Abs. 2 GWB an die Stelle des Kartellverbotes getreten ist, ganz allgemein erschweren. So ist der Kreis der Adressaten einer Empfehlung regelmäßig nicht bekannt. Die Partner eines Kartellvertrages werden demgegenüber durch dessen Meldung namhaft gemacht. Die wirtschaftlichen Folgen eines Kartellvertrages lassen sich häufig schon aus dem Vertragsinhalt beurteilen, der konkrete Erfolg einer Empfehlung muß dagegen erst ermittelt werden. Die dadurch bedingte unterschiedliche Wirksamkeit der kartellbehördlichen Kontrolle kann durchaus eine abwei-

³¹⁰⁾ im Ergebnis ebenso BKA Brief vom 2. 8. 1961 WuW/E BKartA 380; Rinck, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 955 für das Verhältnis von Preisbindung zu Preisempfehlung

³¹¹⁾ Starck BB 1961, 888

chende Behandlung von Verträgen und Beschlüssen einerseits und Empfehlungen andererseits auch innerhalb eines Wirtschaftsbereichs rechtfertigen.

Der Umfang der Ausnahmeregelung ist jeweils zunächst nach allgemeinen Auslegungsregeln zu ermitteln. Ergibt die Auslegung im Einzelfall, daß neben Verträgen und Beschlüssen auch Empfehlungen freigestellt sind, so ist zu prüfen, ob dies Ergebnis der Systematik des Gesetzes entspricht.

Auch Huber³¹²⁾ und Würdinger³¹³⁾ berufen sich zur Begründung der Zulässigkeit der Empfehlungen im Kreditgewerbe auf eine analoge Anwendung des § 102 Abs. 1 GWB³¹⁴⁾. Sie halten es von der Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen her mit Recht für widersinnig, wenn die Zulässigkeit der Empfehlungen nicht erreicht werden könnte. Sie meinen, eine Verneinung dieser Möglichkeit würde zum Abschluß von kartellrechtlich bindenden Verträgen und Beschlüssen zwingen, die die Dispositionsfreiheit der Unternehmen mehr beschränken, als dies die ihrem Wesen nach unverbindlichen Empfehlungen vermöchten³¹⁵⁾. Schork³¹⁶⁾ ist der Auffassung, wenn eine Empfehlung den gleichen wettbewerbsbeschränkenden Erfolg wie ein Vertrag habe, vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen aber zulässig seien, dann müßte auch auf die auf Empfehlungen beruhenden zulässig sein³¹⁷⁾.

Diese wie auch jene auf die unterschiedliche Bindungskraft von Vertrag und Beschluß einerseits und Empfehlung andererseits abstellenden Aussagen sind in dieser Allgemeinheit nicht richtig, weil sie die Eigenart des Empfehlungstatbestandes nicht ausreichend berücksichtigen. Beide stellen nicht präzise auf das beiden Formen kartellwidrigen Verhaltens eigentümliche, eine Analogie allein rechtfertigende Merkmal ab. So würden nach beiden Begründungen auch gleiche wettbewerbsbeschränkende Erfolge, die auf Maßnahmen von geringerer Bindungskraft als die rechtsverbindlicher Verträge, aber von stärkerer tatsächlicher Intensität als die unverbindlicher Empfehlungen beruhen, legal sein. Es wären damit beispielsweise „Empfehlungen“ zulässig, an deren Unverbindlichkeit Zweifel bestehen oder die mit wirtschaftlichem oder gesellschaftlichem Druck verbunden sind. In beiden Beispielsfällen kann jedoch keine analoge Anwendung des § 102 Abs. 1 GWB Platz greifen, weil, wie

³¹²⁾ Huber, Das Empfehlungsverbot 1959 S. 80

³¹³⁾ Würdinger WuW 1958, 512/513

³¹⁴⁾ Im Ergebnis ebenso Rauschenbach, Wirtschaftsrecht 1965 S. 174; für Preisempfehlungen ebenso BGH — 4711 — BGHZ 28, 220; Hengstenberg WuW 1958, 446; Lieberknecht MA 1958, 250; Loos BB 1958, 178; Rinck, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 754; unentschieden Spormann WuW 1962, 396

³¹⁵⁾ ebenso BGH — 4711 — BGHZ 28, 220 zur Begründung der Zulässigkeit von Preisempfehlungen

³¹⁶⁾ Schork Sparkasse 1959, 80

³¹⁷⁾ ebenso Rinck, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 754 zur Begründung der Zulässigkeit von Preisempfehlungen

der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 6. Juni 1963³¹⁸⁾ betont hat, in diesen Fällen begrifflich keine Empfehlung vorliegt, es sich auf jeden Fall um ein gesetzwidriges Kartellverhalten handelt.

Die geringere Bindungskraft der unverbindlichen Empfehlung und der gleiche wirtschaftliche Erfolg können danach allein eine Analogie nicht rechtfertigen. Vielmehr muß noch ein Kriterium hinzutreten, das Verträgen und Beschlüssen wie Empfehlungen gemein ist, das oben bezeichnete gesetzwidrige Kartellverhalten aber von der Analogie ausschließt. Dieses Merkmal ist mit der bei Vertrag, Beschluß und Empfehlung bestehenden uneingeschränkten Entscheidungsfreiheit der Unternehmer gegeben. Bei diesen kartellrechtlichen Tatbeständen steht es den Beteiligten frei, ob sie durch ihr Verhalten den Wettbewerb beschränken wollen, sei es durch Abschluß eines Vertrages im Sinne des § 1 GWB oder durch gleichförmiges Verhalten. Wird die Umgehung eines Verbots dagegen durch eine mit wirtschaftlichem oder gesellschaftlichem Druck verbundene „Empfehlung“ bewirkt, so sind die Beteiligten nicht mehr frei in ihrer unternehmerischen Entscheidung, ob sie den Wettbewerb beschränken sollen oder nicht. Sofern eine vom Ergebnis her durchaus gebotene entsprechende Anwendung der für Verträge und Beschlüsse in § 102 GWB getroffenen Regelung auf Empfehlungen befürwortet wird, muß sie mit dem gleichen wirtschaftlichen Erfolg der Empfehlung, ihrer gegenüber den verbindlichen Verträgen und Beschlüssen geringeren Bindungskraft und der auch bei Empfehlungen bestehenden unternehmerischen Entscheidungsfreiheit begründet werden.

6. 5332 Interpretation des § 102 Abs. 1 S. 1 GWB, insbesondere des Begriffs „Wettbewerbsbeschränkungen“

Eine Lösung der Streitfrage durch Analogieschluß kann nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen aber nur in Betracht kommen, wenn die Zulässigkeit der Empfehlungen in der Kredit- und Versicherungswirtschaft nicht bereits in § 102 GWB selbst geregelt ist. Gleiss³¹⁹⁾ und Prölss³²⁰⁾ gehen in diesem Sinne von einer Wortinterpretation des Absatzes 1 aus. Sie betonen, nach Satz 1 dieser Vorschrift sei der in diesem Zusammenhang allein noch interessierende § 1 GWB allgemein für „Wettbewerbsbeschränkungen“ nicht anwendbar. Der Begriff „Wettbewerbsbeschränkungen“ sei ein Oberbegriff, der auch Empfehlungen umfasse.

Der Ansicht, die Zulässigkeit der Empfehlungen ergebe sich unmittelbar aus § 102 GWB, ist zwar beizutreten. Doch vermag eine reine Wortinterpretation dieses Ergebnis nicht zu tragen. Der Begriff „Wettbewerbsbeschränkungen“ in § 102 Abs. 1 S. 1 GWB ist nämlich nicht eindeutig bestimmt. Die Bedeu-

³¹⁸⁾ BGH Beschluß vom 6. 6. 1963 — Osco Parat — WuW/E BGH 536 (541)

³¹⁹⁾ Gleiss BB 1958, 432 und GemK. § 102 Anm. 18

³²⁰⁾ Prölss VAG Anh. II § 81 Anm. 6

tung eines Oberbegriffs hat das Tatbestandsmerkmal „Wettbewerbsbeschränkungen“ dann nicht, wenn man es, wie das Bundeskartellamt und Starck³²¹⁾, aus dem formalen Aufbau des Kartellgesetzes versteht. Beide meinen, nach der Systematik des Gesetzes seien lediglich die Tatbestände der §§ 1 bis 37 GWB Wettbewerbsbeschränkungen. Empfehlungen seien dagegen als Teil des Umgehungstatbestandes ihrer Stellung im Gesetz wie auch ihrer materiell-rechtlichen Regelung nach Ordnungswidrigkeiten.

Diese Auslegung wird jedoch dem Charakter des § 38 Abs. 2 S. 2 GWB als eines Umgehungstatbestandes nicht gerecht. Der Tatbestand setzt die Umgehung eines außerhalb dieser Norm statuierten Verbots voraus. Er verweist auf § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB und damit auf § 1 GWB. Die Empfehlung ist zu ahnden, wenn sie zur Umgehung des § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB in Verbindung mit § 1 GWB, also wenn sie zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt. Der Begriff „Wettbewerbsbeschränkungen“ bezeichnet einen wirtschaftlichen Tatbestand, der auf verschiedenen Wegen herbeigeführt werden kann, horizontal oder vertikal durch Vertrag oder Beschluß oder durch gentlemen's agreements, spontan durch Preisführerschaft oder aber durch Empfehlung.

Es bleibt dennoch nicht zweifelsfrei, ob der Gesetzgeber den Rechtsbegriff auch in § 102 Abs. 1 S. 1 GWB in diesem Sinne verwendet hat. Zwar spricht für diese Auslegung zunächst ein Vergleich mit der Formulierung in § 102 Abs. 1 S. 2 GWB. Wie Gleiss³²²⁾ mit Recht betont, ist zu vermuten, daß der Gesetzgeber innerhalb einer Vorschrift nicht verschiedene Begriffe — „Wettbewerbsbeschränkungen“ einerseits, „Verträge und Beschlüsse“ andererseits — für denselben Gegenstand verwendet. Doch ist dieser Auslegungsschluß schon deshalb nicht zwingend, weil der Gesetzgeber in allen Fällen des Ausnahmereichs, in denen er Empfehlungen neben Verträgen und Beschlüssen in besonderer Weise geregelt hat³²³⁾, alle drei Tatbestände nebeneinander genannt und nicht, wie es der obigen Auffassung entsprochen hätte, den Begriff „Wettbewerbsbeschränkungen“ gewählt hat. Wäre dieser Ausdruck als Oberbegriff anzusehen, so ist nicht recht verständlich, warum er nicht auch in den §§ 99 Abs. 2 und 104 Abs. 1 Nr. 1 GWB verwendet wurde. Dies ist insbesondere im Fall des § 99 GWB auffällig, dessen Absatz 2 im Inhalt wie in der Formulierung dem § 102 Abs. 1 S. 1 GWB und dessen Absatz 3 dem § 102 Abs. 1 S. 2 GWB entspricht.

Gewisse Ungereimtheiten in der Formulierung der Vorschrift haben ihren Grund in der bewegten Entstehungsgeschichte des § 102 GWB. Die an der Gesetzgebung beteiligten Organe vertraten unterschiedliche Auffassungen bezüglich der Unterstellung der Kreditwirtschaft unter das Gesetz³²⁴⁾. Diese

321) BKA Brief vom 2. 8. 1961 WuW/E BKartA 380; Starck BB 1961, 888

322) Gleiss in GemK. § 102 Anm. 18

323) §§ 99 Abs. 2, 100, 103 in Verbindung mit § 104 Abs. 1 Nr. 1 GWB

324) Bt.-Drucks. II/1158 Anl. 2 und 3; zu Bt.-Drucks. II/3644 zu §§ 76 und 76a

Auseinandersetzung war völlig von wirtschaftspolitischen Gesichtspunkten beherrscht, wodurch die Beratung der Detailfragen der gefundenen Kompromißregelung offensichtlich gelitten hat. Dies kommt insbesondere in der unpräzisen Fassung des § 102 Abs. 1 S. 1 GWB und auch des Absatzes 2 zum Ausdruck, wie ein Vergleich mit der viel klareren Regelung der übrigen Ausnahmereiche und der gleichfalls die Mißbrauchsaufsicht betreffenden Vorschriften der §§ 12 und 104 GWB zeigt. Diese Umstände stellen die Zulässigkeit einer reinen Wortinterpretation von vornherein in Frage, vermindern jedenfalls ihre Überzeugungskraft.

Auch Roidl³²⁵⁾ meint, Satz 1 des § 102 Abs. 1 GWB gehe weiter als Satz 2. Bei unbefangener Leseart seien jedoch beide Sätze nicht so zu verstehen, daß Satz 2 das Erfordernis der Meldung auf Verträge und Beschlüsse beschränke, sondern Satz 1 stelle von §§ 1 und 15 GWB frei, während Satz 2 nur den § 1 GWB betreffe. Roidl sieht also das Wesen der Gegenüberstellung darin, daß Satz 1 horizontale und vertikale, Satz 2 dagegen nur horizontale Wettbewerbsbeschränkungen behandelt, wobei er auch horizontale Empfehlungen mit einbezieht. Nach allgemeiner Ansicht erstrecke sich die Mißbrauchsaufsicht des Absatzes 2 auch auf Empfehlungen, obwohl sie — ebenso wie in Absatz 1 Satz 2 — nicht genannt seien. Der Gesetzgeber hätte daher eine abweichende Behandlung eindeutig erklären müssen.

Diese Argumentation kann nicht überzeugen. Zwar will der Gesetzgeber, wie sich aus Satz 2 klar ablesen läßt, horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen unterschiedlich behandeln. Doch ist gerade aus dem auffällenden Umstand, daß er in zwei aufeinanderfolgenden Sätzen einer Norm für den gleichen Gegenstand zwei verschiedene Begriffe verwendet, zunächst zu schließen, daß er über die Trennung von horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen hinaus eine Aussage treffen wollte. Die unbefangene Leseart spricht daher keineswegs für die Annahme Roidls.

Außerdem erkennt Roidl die sich aus der Systematik des Gesetzes ergebenden Folgerungen. § 38 Abs. 2 S. 2 GWB verbietet generell die Umgehung von Verboten durch auf Empfehlungen beruhendes, gleichförmiges Verhalten. Empfehlungen können daher nur insoweit zulässig sein, als sie durch eine besondere Bestimmung von dem Empfehlungsverbot ausgenommen sind. Der im Gesetz rechtstechnisch verwendete Grundsatz des Verbots mit enumerierten Ausnahmen macht es erforderlich, die auszunehmenden Tatbestände in der Ausnahmegvorschrift zu bezeichnen. Nur soweit sie eindeutig bezeichnet sind, gilt das Verbotsprinzip nicht mehr. Entgegen der Auffassung Roidls bedarf es keines Hinweises, daß Empfehlungen anders behandelt werden sollen als Verträge und Beschlüsse im Sinne des § 1 GWB, sondern umgekehrt einer eindeutigen Erklärung, daß Empfehlungen wie Verträge und Beschlüsse zu behandeln sind.

³²⁵⁾ Roidl BB 1959, 362

Auch der Hinweis Roidls³²⁶⁾ auf den Umfang der Mißbrauchsaufsicht vermag die Zulässigkeit der Empfehlungen nicht zu begründen. Bis auf jene Autoren, die Empfehlungen auch nach Meldung für unzulässig halten, sind alle Autoren der Meinung, daß auch horizontale Empfehlungen der Mißbrauchsaufsicht des § 102 Abs. 2 GWB unterliegen. Aus dem Umfang der Mißbrauchsaufsicht kann zwar grundsätzlich auf den Umfang der Befreiung geschlossen werden, denn für eine Mißbrauchsaufsicht, die als Ersatz für die Freistellung vom Verbotsprinzip angeordnet worden ist, kann nur Raum sein, wo kein Verbot besteht. Dieser logische Schluß kann jedoch in Fällen eines Verbots mit einzelnen Ausnahmen nur dann gezogen werden, wenn die der Mißbrauchsaufsicht unterliegenden Tatbestände eindeutig bezeichnet sind. Während in § 104 GWB Empfehlungen neben Verträgen und Beschlüssen ausdrücklich erwähnt sind, wird zur Begründung der Mißbrauchsaufsicht über Empfehlungen in der Kreditwirtschaft auf den Begriff „Maßnahmen untersagen“ in § 102 Abs. 2 GWB zurückgegriffen. Diese Subsumtion ist aber im Grunde erst eine Folge der weiten Auslegung des § 102 Abs. 1 GWB, da die Zulässigkeit von Empfehlungen nur angenommen werden konnte, wenn eine Rechtsgrundlage für die Mißbrauchsaufsicht vorhanden war.

Im übrigen bezeichnet der Begriff „Maßnahme“ die Empfehlung nicht mit der für den obigen Schluß zu fordernden Eindeutigkeit. So nennt Absatz 2 als weitere Aufsichtsmaßnahme die Unwirksamkeitserklärung von Verträgen und Beschlüssen. Aus dem unmittelbaren Nebeneinander dieser beiden Aufsichtsbefugnisse und aus dem Umstand, daß Absatz 1, auf den sich Absatz 2 bezieht, ausdrücklich nur von Verträgen und Beschlüssen spricht, ist vielmehr zu folgern, daß der Gesetzgeber bei der Befugnis, Maßnahmen zu untersagen, in erster Linie an die Verhinderung der tatsächlichen Durchführung von wettbewerbsbeschränkenden Verträgen und Beschlüssen gedacht hat.

Diese Auslegung der Ausnahmegesetzgebung des § 102 GWB kann auch nicht durch Berufung auf die Vereinbarkeit dieser Auffassung mit dem Zweck der Meldung überspielt werden³²⁷⁾. Die Meldung soll der Kenntnisnahme von Wettbewerbsbeschränkungen und damit der Erleichterung der Mißbrauchsaufsicht dienen. Der Umstand, daß dieser Zweck auch bei der Meldung von Empfehlungen erreicht wird, ist nicht geeignet, die Anwendung des § 102 GWB auf Empfehlungen zu begründen. Die Anwendbarkeit muß sich vielmehr umgekehrt zunächst aus dem Sinn und Zweck der Freistellung ergeben. Erst danach ist zu prüfen, ob sich die Ziele der Meldung bei Verträgen und Beschlüssen mit Wesen und Wirkung der Empfehlungen vereinbaren lassen oder ob sie einer entsprechenden Anwendung entgegenstehen.

Dennoch trifft die Ansicht, die Zulässigkeit der Empfehlungen im Kreditgewerbe ergebe sich unmittelbar aus § 102 Abs. 1 GWB, zu. Allerdings folgt dies nicht aus einer Wortinterpretation dieser Vorschrift, sondern aus dem

³²⁶⁾ Roidl BB 1959, 362

³²⁷⁾ so Roidl BB 1959, 362

in den Gesetzesmaterialien erkennbaren Willen des Gesetzgebers, der in der Formulierung der Bestimmung Ausdruck gefunden hat. Er bestätigt zugleich die vom Bundeskartellamt³²⁸⁾ und Starck³²⁹⁾ für die Zulässigkeit der Empfehlung gegebene Begründung, daß in den Fällen, in denen ein ganzer Wirtschaftszweig vom Verbot des § 1 freigestellt worden ist, von der restriktiven Auslegung der Ausnahmegvorschrift abzugehen ist. Ob auch horizontale Empfehlungen im Bereich der Ausnahmegvorschriften der §§ 2 bis 8 GWB aus diesem Gesichtspunkt ganz allgemein legalisiert werden können³³⁰⁾, kann im Rahmen dieser Arbeit dahingestellt bleiben.

Die Entstehungsgeschichte des § 102 GWB gibt Aufschluß darüber, welchen wirtschaftlichen Sachverhalt der Gesetzgeber in dieser Vorschrift regeln wollte. Der Bundesrat³³¹⁾, der mitberatende Bundestagsausschuß für Geld und Kredit³³²⁾ und die von diesem gehörten Sachverständigen — Bank deutscher Länder, Sonderausschuß Bankenaufsicht, Verbände des Kreditgewerbes — hatten vorgeschlagen, die Kreditinstitute aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes ganz herauszunehmen. Der Bundesrat hielt eine Kartellaufsicht für überflüssig, weil die Kreditwirtschaft seit Jahrzehnten einer zweckvollen Fachaufsicht unterliege und das Gesetz über das Kreditwesen die Fachaufsichtsbehörde ermächtige, auch gegen mißbräuchliche Wettbewerbsbeschränkungen einzuschreiten. Der Bundestagsausschuß für Geld und Kredit war gleichfalls der Ansicht, die Bankenaufsicht reiche aus, zumal für bestimmte Gruppen von Kreditinstituten — Hypothekenbanken, Sparkassen — noch eine Spezialaufsicht hinzutrete. Daneben bestehe eine straffe Kontrolle der Kreditinstitute durch die Bank deutscher Länder. Eine weitere Aufsicht durch eine mit den Besonderheiten des Kreditgewerbes nicht vertraute Behörde sei unnötig und nachteilig. Das Kreditwesengesetz biete eine ausreichende Rechtsgrundlage, um gegen Kartellmißbräuche in der Kreditwirtschaft wirksam einzuschreiten; gegebenenfalls könne sie entsprechend erweitert werden. Bei einem freien Wettbewerb auf dem Bankenmarkt bestehe für die Kreditinstitute die Gefahr von Fallissements, die wegen der hohen Vertrauensempfindlichkeit des Kreditwesens zu nachteiligen, unkontrollierbaren Folgen für die Kreditwirtschaft und wegen deren Sonderstellung innerhalb der Volkswirtschaft letztlich auch für diese führe und deshalb nicht hingenommen werden könne. Auch bleibe in der Praxis für die Anwendung des Gesetzes nur wenig Raum, weil die Zinsbindung auf hoheitlichen Anordnungen beruhe und damit nicht unter das Kartellverbot fiel. Schließlich erfordere eine Gruppe von Geschäften, z. B. Konsortialgeschäfte, einen kartellmäßigen

³²⁸⁾ BKA Brief vom 2. 8. 1961 WuW/E BKartA 379 f

³²⁹⁾ Starck BB 1961, 888

³³⁰⁾ Dieser Ansicht folgen z. B. Huber, Das Empfehlungsverbot 1959 S. 78 f; Lieberknecht MA 1958, 250; Rinck, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 844.

³³¹⁾ Bt.-Drucks. II/1158 Anl. 2 zu § 76

³³²⁾ Kurzprotokoll der 28. Sitzung des Bundestagsausschusses für Geld und Kredit vom 27. 10. 1955

Zusammenschluß, weil sie aus Gründen der Risikoverteilung und der erforderlichen Wirtschaftskraft nicht von einem einzelnen Kreditinstitut durchgeführt werden könnten.

Die Bundesregierung³³³⁾ und der federführende Bundestagsausschuß für Wirtschaftspolitik³³⁴⁾ setzten sich für eine völlige Einbeziehung der Kreditwirtschaft ein, weil sie der Ansicht waren, die Fachaufsicht erfolge nach anderen rechtlichen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Auch enthalte das Gesetz über das Kreditwesen keine Rechtsgrundlage für Maßnahmen der Aufsichtsbehörden zum Schutz des Wettbewerbs. Schließlich sollte das Kartellgesetz den Charakter eines Grundgesetzes für die gesamte Wirtschaft behalten.

Die gefundene Regelung stellt einen Kompromiß zwischen beiden Auffassungen dar. Eine völlige Freistellung der Kreditwirtschaft erschien dem Bundestagsausschuß für Wirtschaftspolitik zu risikoreich für das Funktionieren des Wettbewerbs. Andererseits hielt er die Anwendung des Mißbrauchsprinzips für ausreichend, da die Fachaufsicht bereits eine gewisse Pflege des Wettbewerbsgedankens ermöglichte.

Aus der Entstehungsgeschichte wird deutlich, daß der Gesetzgeber bei der Abwägung der Vor- und Nachteile einer völligen Freistellung oder einer völligen Einbeziehung des Kreditgewerbes die in der kreditwirtschaftlichen Praxis typischen Formen wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens als Faktum, nicht aber deren begriffsjuristische Qualifizierung als Vertrag, Beschluß oder Empfehlung im Auge hatte. Es sollten nach dem in § 102 Abs. 1 S. 1 GWB getroffene Regelung zugrunde liegenden gesetzgeberischen Willen alle den Wettbewerb horizontal und vertikal beschränkenden Verhaltensweisen, wie sie in der Wirtschaftspraxis üblich waren, wegen der Besonderheiten des Bankenmarktes dem Mißbrauchsprinzip unterliegen, gleich ob die Wettbewerbsbeschränkung durch Vertrag, Beschluß oder Empfehlung herbeigeführt wurde. Daß diese Begünstigung die Empfehlung einschließen sollte, ergibt sich schon daraus, daß andernfalls die Sonderregelung ihren realen Sinn verloren hätte, da die Empfehlung als der typische Kartelltatbestand der Kreditwirtschaft überhaupt erst die Sonderregelung veranlaßte³³⁵⁾. Es findet sich aber in den Materialien zu § 76a RegE³³⁶⁾ nicht der geringste Anhalt dafür, daß Empfehlungen zur Umgehung des § 1 GWB von der Freistellung ausgenommen sein sollten.

Dieser Wille des Gesetzgebers hat auch in der Fassung des § 102 Abs. 1 S. 1 GWB Ausdruck gefunden, und zwar im Wort „Wettbewerbsbeschränkungen“. Nach der Systematik des geltenden Gesetzes schließt dieser Begriff,

³³³⁾ Bt.-Drucks. II/1158 Anl. 1 S. 47, Anl. 3 Nr. 30

³³⁴⁾ zu Bt.-Drucks. II/3644 zu §§ 76 und 76a

³³⁵⁾ im Ergebnis ebenso BKA Brief vom 2. 8. 1961 WuW/E BKartA 379

³³⁶⁾ jetzt § 102 GWB

wie oben dargelegt wurde, die Empfehlung nicht ein. Die zeitliche Folge der Abänderung der jetzigen Vorschriften §§ 38 Abs. 2 S. 2 und 102 GWB während der parlamentarischen Behandlung des Entwurfs läßt jedoch erkennen, daß der Gesetzgeber mit der Formulierung des § 102 Abs. 1 GWB unter Verwendung des Wortes „Wettbewerbsbeschränkungen“ den ganzen oben skizzierten Sachverhalt erfaßt hat. Das Empfehlungsverbot hat erst in der 222. Plenarsitzung des 2. Bundestages vom 3. Juli 1957 während der 3. Lesung des Entwurfs seine heutige Fassung und damit den Charakter einer Ordnungswidrigkeit erhalten³³⁷⁾. Bis zu diesem Zeitpunkt, also auch bei der Einzelberatung und Formulierung des jetzigen § 102 GWB durch den Wirtschaftspolitischen Ausschuß, war die Empfehlung im Ersten Teil des Gesetzes — IV. Abschnitt — „wettbewerbsbeschränkendes und diskriminierendes Verhalten“ geregelt. Durch das Wort „Wettbewerbsbeschränkungen“ wurde also nach der damaligen Systematik des Gesetzentwurfs auch die Empfehlung in die Sonderbehandlung des § 102 GWB einbezogen. In der dem Bundesrat am 5. Juli 1957 zugeleiteten redaktionell überarbeiteten Fassung fehlt in § 102 GWB wie auch in § 99 Abs. 2 GWB eine Bezugnahme auf Empfehlungen. In dieser Form ist das Gesetz dann im Bundesgesetzblatt verkündet worden. Auch horizontale Empfehlungen sind daher wie die ausdrücklich genannten Verträge und Beschlüsse im Sinne des § 1 GWB vom Verbot freigestellt.

6. 534 Voraussetzungen der Zulässigkeit

Unter den Autoren, die die Gleichbehandlung von Verträgen oder Beschlüssen und Empfehlungen in der Kredit- und Versicherungswirtschaft grundsätzlich bejahen, ist streitig, ob horizontale Empfehlungen ohne weiteres wirksam sind oder ob sie wie Verträge und Beschlüsse im Sinne des § 1 GWB einer Meldung gemäß § 102 Abs. 1 S. 2 GWB bedürfen. Gleiss³³⁸⁾, Prölss³³⁹⁾, Raiser³⁴⁰⁾ und Vassel³⁴¹⁾ halten sich eng am Wortlaut des Satzes 2. Sie meinen, da diese Bestimmung eine Meldung nur für Verträge und Beschlüsse im Sinne des § 1 GWB anordne, nicht jedoch auch für entsprechende Empfehlungen, seien diese auch ohne Meldung vom Verbotsprinzip ausgenommen. Die Empfehlungen seien in Absatz 1 Satz 2 auch nicht etwa übersehen worden, denn wo diese den Verträgen und Beschlüssen gleichgestellt werden sollten, sei dies ausdrücklich geschehen, so in § 104 Abs. 1 Nr. 1 GWB³⁴²⁾.

Die Mehrzahl der Vertreter, die horizontale Empfehlungen für zulässig ansehen, fordern als Voraussetzung der Freistellung eine Meldung der Emp-

³³⁷⁾ Sitzungsprotokoll S. 13155 — 13159

³³⁸⁾ Gleiss BB 1958, 432 und in GemK. § 102 Anm. 18

³³⁹⁾ Prölss VAG Anh. II § 81 Anm. 6

³⁴⁰⁾ Raiser, R. in Festgabe für Prölss S. 209

³⁴¹⁾ Vassel VersR. 1958, 434

³⁴²⁾ so Gleiss aaO; Prölss aaO

fehlung an das Bundesaufsichtsamt³⁴³). Soweit sie die Zulässigkeit mit der analogen Anwendung des § 102 Abs. 1 S. 1 GWB begründen, ergibt sich diese formelle Bedingung aus der Natur der Sache. Roidl³⁴⁴) und Starck³⁴⁵) halten sie nach dem Zweck der Meldung auch bei horizontalen Empfehlungen für geboten.

6. 5341 Meldung der Empfehlung gemäß § 102 Abs. 1 S. 2 GWB

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Um der Kartellbehörde die Mißbrauchsaufsicht zu erleichtern, sollte sie Kenntnis von den wettbewerbsbeschränkenden Tatbeständen erhalten, und zwar durch die Meldung dieser Tatbestände an die Bankaufsichtsbehörde. Dieses Erfordernis sollte nach dem Willen des Gesetzgebers nur ausnahmsweise entfallen. Im Falle des § 15 GWB und bei Konsortialgeschäften beruht dies auf der Überlegung, daß die Geschäfte oft sehr schnell abgewickelt werden müssen³⁴⁶) und daß die Meldung bei der Vielzahl der Geschäfte eine große Belastung für alle Beteiligten darstellt, die in keinem Verhältnis zu dem kartellrechtlichen Erkenntniswert steht. Diese Gesichtspunkte lassen sich jedoch nicht auf Empfehlungen zur Umgehung von § 1 GWB übertragen. Während die Konsortialgeschäfte und die besonderen Kreditgeschäfte, die als Tatbestand des § 15 GWB allein in Frage kommen, ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Natur nach nur wenig Raum für unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten lassen, besteht bei horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen eine große Gestaltungsbreite, die eine Überwachung durch die Kartellbehörde erforderlich macht. Deshalb sollten „Wettbewerbsbeschränkungen“ im Sinne des § 1 GWB nicht ohne weiteres freigestellt sein.

Es ist nicht ersichtlich, warum es bei Empfehlungen nicht auch einer Meldung an die Aufsichtsbehörde bedürfen sollte, um die Mißbrauchsaufsicht zu erleichtern. Gleiss³⁴⁷) sieht die innere Rechtfertigung einer unterschiedlichen Behandlung von Verträgen und Empfehlungen in der geringeren Intensität der Wettbewerbsbeschränkung. Die Aufsicht kann aber nur wirksam ausgeübt werden, wenn die Aufsichtsbehörde von jeder horizontalen Wettbewerbsbeschränkung Kenntnis erhält, gleich um welche Art es sich handelt. Die Notwendigkeit der Mißbrauchsaufsicht ist primär abhängig von der Häufigkeit des Auftretens, also von der praktischen Bedeutung bestimmter wettbewerbsbeschränkender Erscheinungsformen, nicht aber von der Intensität des Eingriffs.

³⁴³) Huber, Das Empfehlungsverbot 1959 S. 78/79; Neumann, Kreditinstitute, insbesondere Bausparkassen und Versicherungsunternehmen im Kartellgesetz 1960 S. 15; Rauschenbach, Wirtschaftsrecht 1965 S. 174; Schork Sparkasse 1957, 287; 1959, 65; BKA Brief vom 2. 8. 1961 WuW/E BKartA 379 f

³⁴⁴) Roidl BB 1959, 362

³⁴⁵) Starck BB 1961, 888/889

³⁴⁶) zu Bt.-Drucks. II/3644 zu § 76a

³⁴⁷) Gleiss in GemK. § 102 Anm. 18

Reimann³⁴⁸⁾ und Koch³⁴⁹⁾ führen aus dem Wesen und den Wirkungen von Empfehlungen hergeleitete Schwierigkeiten an, die die Empfehlungen der Mißbrauchsaufsicht bieten und die deshalb einer Gesetzesauslegung im obigen Sinne entgegenstehen sollen. Insbesondere Reimann weist darauf hin, daß bei einem Vertrag oder Beschluß der Kreis der Partner fest umrissen sei, während die Adressaten einer Empfehlung unbekannt seien, was die Aufsicht zumindest erschwere. Dieser Einwand dringt jedenfalls für den Bereich der Kreditwirtschaft nicht durch. Da der Betrieb von Bankgeschäften der Zulassung des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen bedarf, sind die Empfänger der Empfehlungen insgesamt bekannt. Da es sich überdies regelmäßig um Empfehlungen eines Verbandes an die ihm angehörenden Mitglieder handelt, ist nicht einmal eine Bekanntgabe der einzelnen Empfänger erforderlich³⁵⁰⁾, da diese auf Grund ihrer Verbandszugehörigkeit jederzeit ohne Schwierigkeiten bestimmbar sind. Im übrigen könnte das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen auf Grund seiner Befugnis gemäß § 102 Abs. 1 S. 3 GWB dem Anmelder durch Verfügung auferlegen, die Adressaten seiner Empfehlung in der Meldung zu nennen.

Auch der weitere Einwand Reimanns³⁵¹⁾, ein Einschreiten gegen eine Empfehlung habe wegen deren bloß faktischer, nicht aber rechtlicher Wirkung keinen Erfolg, geht fehl. Reimann verkennt, daß auch bei einem nachträglichen Vorgehen gegen einen Vertrag oder Beschluß dessen Wirkung nicht gänzlich rückgängig zu machen ist³⁵²⁾. Alle Eingriffe im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht wirken ex nunc. Sie schließen nicht aus, daß das Faktum der einmal verwirklichten Wettbewerbsbeschränkung in gewisser Weise in der Zukunft fortwirkt. Auch wenn ein Vertrag oder Beschluß für unwirksam erklärt wird, beeinflußt schon das Bewußtsein seiner früheren Existenz beschränkend den Wettbewerb. Im übrigen sieht § 104 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB eine Mißbrauchsaufsicht in den Fällen der §§ 99 Abs. 2, 100 und 103 GWB, die auch Empfehlungen umfassen, ausdrücklich vor. Für Empfehlungen zur Umgehung des § 15 GWB nimmt auch Koch³⁵³⁾ an, daß sie der Mißbrauchsaufsicht des § 102 Abs. 2 GWB unterliegen. Es ist daher nicht einzusehen, warum dies nicht auch für Empfehlungen zur Umgehung des § 1 GWB gelten soll, wenngleich zuzugeben ist, daß der Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen Empfehlung und gleichförmigem Verhalten gelegentlich schwierig sein kann³⁵⁴⁾. Im übrigen unterliegt auch im Fall der marktbeherrschenden Unternehmen ein faktischer Zustand der Mißbrauchsaufsicht.

³⁴⁸⁾ Reimann BB 1958, 180

³⁴⁹⁾ Koch Sparkasse 1958, 227/228

³⁵⁰⁾ ebenso Schork Sparkasse 1959, 80

³⁵¹⁾ Reimann BB 1958, 180

³⁵²⁾ Loos BB 1958, 178; Löffler/Glaser BB 1958, 536

³⁵³⁾ Koch Sparkasse 1958, 228

³⁵⁴⁾ Reimann BB 1958, 180

Schließlich wird diese Auslegung außer Sinn und Zweck der Sonderregelung auch der von Huber, Würdinger, Schork und dem Bundesgerichtshof ³⁵⁵⁾ hervorgehobene Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gerecht. Es wird so das unbillige Ergebnis vermieden, daß die Beteiligten gezwungen werden, statt der unverbindlichen und daher eine gewisse Differenziertheit des Verhaltens zulassenden Empfehlung die Form eines kartellrechtlich bindenden Vertrages oder Beschlusses zu wählen.

6. 5342 Gegenstand der Meldung

Zu melden ist die Empfehlung als solche und nicht, wie Würdinger meint ³⁵⁶⁾, erst der durch die Empfehlung bewirkte faktische Zustand. Auch insoweit sind Empfehlungen wie Verträge und Beschlüsse zu behandeln. Würdinger und ihm insoweit folgend Schork ³⁵⁷⁾ ist darin beizupflichten, daß ein gewisser theoretischer Unterschied zwischen der Meldung eines Vertrages und der einer Empfehlung besteht. Dieser beruht, wie Würdinger richtig herausstellt, auf den unterschiedlichen materiell-rechtlichen Wirkungen der Meldung. Mit der Meldung eines Vertrages im Sinne des § 1 GWB wird dieser rechtsverbindlich. Damit entfällt zugleich ein Tatbestandsmerkmal des § 38 Abs. 1 S. 1 GWB. Das vertragsgebundene Kartellverhalten auch nur eines Vertragspartners, das bis zur Meldung verbotswidrig war, erscheint nunmehr als Erfüllung.

Die Wirkung der Meldung einer Empfehlung ist in der Tat deswegen eine andere, weil die Empfehlung niemals rechtsverbindlich werden kann. Hier hat die Meldung die Bedeutung eines Rechtfertigungsgrundes, der die Verfolgbarkeit der Empfehlung ausschließt. Diese Funktion erhält aber erst Bedeutung, wenn das durch die Empfehlung veranlaßte Kartellverhalten verbotswidrig ist. Das Kartellverhalten wird aber anders als das Hinwegsetzen über die Unwirksamkeit eines Vertrages erst ordnungswidrig, wenn soviele Empfänger die Empfehlung befolgen, daß der Wettbewerb beeinflusst wird. Bevor dieser faktische Zustand nicht eintritt, ist eine Meldung zur Vermeidung der Verfolgbarkeit nicht erforderlich.

Es führt jedoch zu einer einseitigen Betonung der materiell-rechtlichen Bedeutung der Meldung, wenn man wie Würdinger den Zeitpunkt ihrer Vornahme nach den dargelegten Gesichtspunkten bestimmt. Bei der Entscheidung dieser Frage ist vielmehr der gesetzgeberische Zweck der Meldung in den Vordergrund zu rücken. Die Meldung soll die Mißbrauchsaufsicht erst ermöglichen. Sie hat also Hilfscharakter. Dieser Zweck macht es erforderlich, daß die Kartellbehörden schon vor Vollendung des Ordnungswidrigkeitstatbestandes Kenntnis vom Inhalt der Empfehlung erlangen, um dadurch in die

³⁵⁵⁾ Huber, Das Empfehlungsverbot 1959 S. 80; Würdinger WuW 1958, 512/513; Schork Sparkasse 1959, 80; BGH — 4711 — BGHZ 28, 208 (213)

³⁵⁶⁾ Würdinger WuW 1958, 512 f

³⁵⁷⁾ Schork Sparkasse 1959, 80/81

Lage versetzt zu werden, schon gleich der Verwirklichung der Verbotsnorm entgegenzuwirken, wie dies auch bei Verträgen und Beschlüssen möglich ist. Wie dort das Erfordernis der Meldung an denjenigen Teil des Ordnungswidrigkeitstatbestandes geknüpft ist, der das ordnungswidrige tatsächliche Verhalten veranlaßt hat, so ist auch im Fall des § 38 Abs. 2 S. 2 GWB die Meldung an die das gleichförmige Verhalten bewirkende Empfehlung zu binden. Wenn wie im Kreditgewerbe die Empfehlung mit Sicherheit zum Tatbestand des § 38 Abs. 2 S. 2 GWB führt, erscheint es abwegig, erst das Entstehen eines vom Gesetz nicht gebilligten Rechtszustandes zu dulden, ehe man der Kartellbehörde die sachlichen Voraussetzungen in die Hand gibt, auf Grund derer sie ihre Entscheidung über aufsichtsbehördliche Maßnahmen treffen soll. Die Meldung hat daher schon mit dem Aussprechen der Empfehlung zu erfolgen³⁵⁸⁾.

7. Das Bankgeheimnis und die kartellrechtlichen Auskunftspflichten

Die Vorschriften des Dritten bis Sechsten Teils des Gesetzes finden, sofern sie das Kreditgewerbe überhaupt betreffen, uneingeschränkt Anwendung. Streitig ist lediglich, in welchem Verhältnis das rechtlich anerkannte Institut des Bankgeheimnisses zu den weitgehenden Auskunftsbefugnissen der Kartellbehörden gemäß § 46 GWB und im Bußgeldverfahren gemäß §§ 35 — 47 OWiG steht.

Jedem Kreditinstitut obliegt eine Verschwiegenheitspflicht. Rechtserhebliche Tatsachen, die dem Kreditinstitut im Rahmen der Geschäftsbeziehung mit einem Kunden bekannt werden, dürfen nicht an Dritte mitgeteilt werden. Diese Verpflichtung ist rechtlich anerkannt und dadurch geschützt, daß dem Bankier und seinen Hilfsorganen ein Aussageverweigerungsrecht eingeräumt worden ist, das nur ausnahmsweise aus höheren öffentlichen Interessen durchbrochen wird. Kreditinstitute, Verbände des Kreditgewerbes und teilweise deren Angestellte sind aber auch verpflichtet, den Kartellbehörden im Verwaltungsverfahren gemäß § 46 GWB und im Bußgeldverfahren gemäß §§ 35 — 47 OWiG Auskünfte zu geben sowie Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Diese beiden konträr gerichteten Verpflichtungen geraten dann in Widerstreit, wenn sich die Pflicht zur Geheimhaltung einerseits und die Auskunftspflicht andererseits auf gleiche wirtschaftliche Fakten beziehen. In diesem Fall stellt sich die Frage, wie der Normenkonflikt zu lösen ist, ob insbesondere die Kreditinstitute auskunftspflichtig sind oder ob ihnen ein Aussageverweigerungsrecht zusteht.

7. 1 Begriff, Grundlage und Grenzen des Bankgeheimnisses

Begriff und rechtliche Grundlage des Bankgeheimnisses wie auch insbesondere seine Grenzen sind weitgehend unstreitig. Obwohl Gesetzgebung und

³⁵⁸⁾ Im Ergebnis ebenso Huber, Das Empfehlungsverbot 1959 S. 77, 81; Roidl BB 1959, 362; Starck BB 1961, 888; BKA Brief vom 2. 8. 1961 WuW/E BKartA 380

Rechtsprechung das seit der Zeit der Entstehung der deutschen Kreditinstitute als strenge Berufspflicht des Bankiers angesehene Bankgeheimnis³⁵⁹⁾ als schutzwürdig anerkannt haben und der Gesetzgeber den Begriff beispielsweise in § 17 Abs. 2 des Pchkreditgesetzes vom 5. 8. 1951³⁶⁰⁾ selbst verwendet hat, fehlt eine gesetzliche Begriffsbestimmung. Geheimnisse in diesem Sinne sind nichtoffenkundige Tatsachen, die nur einer bestimmten Person oder mehreren bestimmten Personen bekannt sind und die Dritten nicht bekannt werden sollen³⁶¹⁾. Von Bankgeheimnis spricht man dann, wenn ein Kreditinstitut im Zusammenhang mit der Geschäftsverbindung zu Kunden von diesen Tatsachen Kenntnis erlangt.

Der Begriff „Bankgeheimnis“ hat eine zweifache Schutzrichtung. Einmal bezeichnet er die Pflicht der Kreditinstitute, unberechtigten Dritten gegenüber das Geheimnis zu wahren. Zum anderen umfaßt er auch das Recht dieser Unternehmen, gegenüber bestimmten staatlichen Organen die Aussage zu verweigern. Dabei stellt das Zeugnisverweigerungsrecht, soweit es gesetzlich anerkannt ist, nicht die rechtliche Grundlage für das Bestehen der Schweigepflicht dar. Dieses Recht ist vielmehr nur die verfahrensrechtliche Folge einer bereits vorhandenen, rechtlich anerkannten Geheimhaltungspflicht³⁶²⁾.

Eine gesetzliche oder gesetzessgleiche Rechtsgrundlage des Bankgeheimnisses gibt es nicht. Rechtsprechung³⁶³⁾ wie auch das ganz überwiegende Schrifttum³⁶⁴⁾ stützen das Bankgeheimnis in seiner Ausprägung als Verschwiegenheitspflicht auf eine vertragliche Nebenpflicht des zwischen dem Kreditinstitut und dem einzelnen Kunden geschlossenen Bankvertrages oder auf eine vorvertragliche Beziehung. Diese Rechtspflicht wird zwar im bankgeschäftlichen Vertrag nicht ausdrücklich vereinbart und ist zudem regelmäßig nicht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute enthalten. Ein ausdrücklicher Konsens ist jedoch auch grundsätzlich nicht erforderlich, da sich die Schweigepflicht, ohne daß dies irgendwie im Vertragstext zum Ausdruck gebracht sein müßte, im Wege einer Treu und Glauben entsprechenden Auslegung oder Ergänzung aus der Natur des Bankvertrages ergibt, durch den wegen der spezifischen Art der Bankgeschäfte ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen dem Kreditinstitut und dem Kunden begründet wird. Die

359) Zur Geschichte des Bankgeheimnisses Sichtermann, Bankgeheimnis und Bankauskunft 1957 S. 39 ff

360) BGBl. I 492

361) Sichtermann, Bankgeheimnis und Bankauskunft 1957 S. 22

362) BGH Urteil vom 26. 10. 1953 Betrieb 1953, 1031

363) ausdrücklich BGH Urteil vom 12. 5. 1958 NJW 1958, 1232; OLG Dresden Urteil vom 19. 9. 1919 OLG 40, 377; außerdem RG Urteil vom 28. 4. 1914 JW 1914, 830; Urteil vom 6. 2. 1928 JW 1928, 1344 (1345); Urteil vom 22. 10. 1929 RGZ 126, 50 (52); Urteil vom 12. 12. 1932 RGZ 139, 103 (105); OLG Celle Urteil vom 25. 10. 1904 Seuff. Arch. 60 Nr. 111; BGH Urteil vom 26. 10. 1953 Betrieb 1953, 1031

364) Flor Betrieb 1953, 961; Nebelung BB 1953, 781; Müller, R. NJW 1963, 833, 835; Scheer NJW 1963, 2062; Sichtermann, Bankgeheimnis und Bankauskunft 1957 S. 82 ff mit weiteren Nachweisen

Geheimhaltungspflicht ist seit langem als selbständiger Bestandteil des Bankvertrages von der Rechtsordnung anerkannt ³⁶⁵).

Sichtermann ³⁶⁶) ist nun der Ansicht, die Schweigepflicht gründe sich nicht nur auf eine vertragliche Nebenpflicht, sondern sei daneben als ein Gewohnheitsrecht anzusehen. Er meint, Kreditinstitute wie Bankkunden praktizierten das Bankgeheimnis seit jeher. Sie gingen inzwischen davon aus, daß das Geübte Recht sein solle. Dieser Rechtsgeltungswille würde auch von den Organen der Gemeinschaft, insbesondere den Gerichten, anerkannt. Rechtsprechung wie auch Schrifttum sind dieser Ansicht zu Recht nicht gefolgt ³⁶⁷). Erscheint es schon in hohem Maße zweifelhaft, daß sich die zunächst vertragliche Schweigepflicht in dem Bewußtsein der Beteiligten zu einer vom Rechtsgeltungswillen getragenen Pflicht verdichtet hat, so verkennt Sichtermann jedenfalls die tatsächlichen Gegebenheiten, wenn er annimmt, die Rechtsprechung habe diesem von ihm behaupteten Rechtsgeltungswillen Bedeutung beigemessen. Die Obergerichte haben zwar in ständiger Rechtsprechung eine Verschwiegenheitspflicht der Banken angenommen, dabei aber stets betont, daß es sich um eine auf dem Bankvertrag beruhende Nebenpflicht handelt ³⁶⁸). Auf Gewohnheitsrecht läßt sich die Schweigepflicht mithin nicht stützen.

Entgegen der ganz herrschenden Meinung vertritt Sichtermann für die Rechtslage nach dem Kreditwesengesetz 1939 ferner die Auffassung, eine gesetzliche Grundlage für das Bankgeheimnis in seiner Bedeutung als Schweigepflicht sei daneben in § 47 Abs. 1 Buchst. b KWG 39 gegeben ³⁶⁹). Diese Vorschrift droht demjenigen Strafe an, der vorsätzlich „seine Pflicht zur Verschwiegenheit verletzt oder Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, die er bei der Wahrnehmung seiner Obliegenheiten erfahren hat, unbefugt verwertet“. Sichtermann meint, diese Bestimmung beziehe sich auf alle Gesetzesunterworfenen, und hält daher diese Strafnorm für ein allgemeines Delikt. Diese Ansicht trifft jedoch nicht zu. Die Strafbestimmung richtet sich nicht gegen jede dem Gesetz unterliegende Person, sondern zielt vielmehr auf den im Gesetz bezeichneten Personenkreis, dem vom Gesetzgeber ausdrücklich eine besondere Verschwiegenheitspflicht auferlegt worden ist, soweit ihm nämlich die Wahrnehmung bestimmter aufsichtsbehördlicher Obliegenheiten übertragen worden ist. Dies trifft aber nur auf die in § 39 KWG 39 bezeichneten Personen und Organe zu, deren sich die Aufsichtsbehörden zur Erfüllung ihrer Obliegenheiten bedienen. Ist der Auffassung Sichtermanns schon nach altem Recht nicht beizutreten ³⁷⁰), so ist ihr für die Rechtslage nach dem

³⁶⁵) BGH Urteil vom 26. 10. 1953 Betrieb 1953, 1031

³⁶⁶) Sichtermann aaO S. 35 ff und in Das Bankgeheimnis 3. Aufl. 1958 S. 11

³⁶⁷) BGH Urteil vom 12. 5. 1958 NJW 1958, 1233; Müller, R. NJW 1963, 835

³⁶⁸) OLG Dresden Urteil vom 19. 9. 1919 OLG 40, 377; BGH Urteil vom 12. 5. 1958 NJW 1958, 1233

³⁶⁹) Sichtermann, Das Bankgeheimnis 3. Aufl. 1958 S. 10

³⁷⁰) Im Ergebnis ebenso Reichardt KWG § 47 Anm. 10

Kreditwesengesetz vom 10. Juli 1961 schon deswegen nicht zu folgen, weil nach § 55 Abs. 1 KWG ausdrücklich, aber auch ausschließlich nur die Verletzung der durch § 9 KWG begründeten Schweigepflicht bestraft wird, das heißt jener, die dem oben genannten qualifizierten Personenkreis obliegt.

Das Bankgeheimnis hat trotz seines berufsabhängigen Charakters nicht den Rechtsschutz erhalten, wie er dem Berufsgeheimnis der Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, vereidigten Buchprüfer oder Steuerberater, das ebenso auf Vertrag beruht, durch die Strafbestimmung des § 300 StGB gewährt worden ist. Diese unterschiedliche Behandlung der Berufsgeheimnisse wäre dann gerechtfertigt, wenn alle in § 300 StGB genannten Berufsgruppen Träger von Tatsachen wären, die der engsten Intimsphäre, dem seelischen und körperlichen Bereich des Geheimnisherrn zuzurechnen sind, denn Fakten im Zusammenhang mit der bankgewerblichen Geschäftsbeziehung sind ausgesprochen materieller Natur und daher nach der unserer Rechtsordnung zugrunde liegenden Wertordnung nicht in gleichem Maße schutzwürdig. Da jedoch mit Wirtschaftsprüfern, vereidigten Buchprüfern und Steuerberatern Angehörige von Berufen in den Personenkreis aufgenommen sind, die nur mit wirtschaftlichen Dingen zu tun haben, ist es nicht mehr sachlich begründet, den Kreditinstituten anvertrauten Fakten nicht einen entsprechenden Schutz zuzugestehen.

Das Bankgeheimnis als Verschwiegenheitspflicht findet mithin seine rechtliche Grundlage allein in den privatrechtlichen Bankverträgen. Diese Vertragspflicht hat nun einen besonderen Schutz erfahren. Die Rechtsordnung bewertet in bestimmten Verfahren das Interesse an der Wahrung des Geheimnisses höher als das Interesse an einer Auskunft oder Aussage und spricht deshalb der vertraglichen Pflicht Wirkungen gegen jedermann zu, indem sie den Kreditinstituten ein Zeugnisverweigerungsrecht gibt. Diese über den Kreis der Vertragspartner hinausgehende Wirkung kann nur durch eine gesetzliche Ermächtigung erlangt werden. Rechtsgrundlagen sind nach allgemeiner Auffassung in der Zivilprozeßordnung und jenen Gesetzen, die die Vorschriften der Zivilprozeßordnung für entsprechend anwendbar erklären, sowie teils unmittelbar in sonstigen Rechtsvorschriften³⁷¹⁾ gegeben.

Die wichtigsten Gesetzesbestimmungen, die das Bankgeheimnis in seiner Bedeutung als Zeugnisverweigerungsrecht regeln, sind die §§ 383 Abs. 1 Ziff. 5, 384 Ziff. 3, 408 ZPO. Nach ständiger Rechtsprechung und allgemeiner Meinung im Schrifttum hat der Bankier gegenüber seinen Kunden eine solche Vertrauensstellung, daß von ihm die Geheimhaltung der im inneren Zusammenhang mit der Bankverbindung bekannt gewordenen Tatsachen ihrer Natur

³⁷¹⁾ § 17 Abs. 2 Pachtkreditgesetz; §§ 10, 11 Gesetz über die Statistik für Bundeszwecke; § 14 Sparkassengesetz f. d. Land Niedersachsen vom 6. 7. 1962 (Nds. GVBl. S. 77 ff); § 10 Mustersatzung der Sparkassen vom 26. 8. 1932; § 32 Bundesbankgesetz; § 10 Abs. 2 Gesetz über die Landwirtschaftliche Rentenbank; § 12 Gesetz über die Deutsche Genossenschaftskasse; § 11 Gesetz über die Lastenausgleichsbank i. V. m. § 84 Abs. 1 AktG

nach erwartet wird³⁷²⁾,³⁷³⁾. Dieses Aussageverweigerungsrecht haben auch die Angestellten der Kreditinstitute³⁷⁴⁾. Da die Vorstände öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute in aller Regel Beamte sind, denen in dem jeweiligen Organisationsgesetz oder in den für den Gewährsträger geltenden beamtenrechtlichen Bestimmungen die gesetzliche Pflicht auferlegt worden ist, über alle Geschäftsvorgänge der Unternehmung Verschwiegenheit zu bewahren³⁷⁵⁾, ist in diesen Fällen außerdem die weitere Alternative des § 383 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO gegeben, daß die Geheimhaltung der Tatsachen als Gegenstand eines Amtsgeheimnisses geboten ist. Eine gesetzliche Pflicht zur Verschwiegenheit trifft auch die Angestellten öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute³⁷⁶⁾. Das Zeugnis kann nach allgemeiner Ansicht auch auf Grund des § 384 Ziff. 3 ZPO verweigert werden, da bei einer Aussage ein Gewerbegeheimnis im Sinne dieser Bestimmung, und zwar das Bankgeheimnis, offenbart würde³⁷⁷⁾.

Das Bankgeheimnis erstreckt sich auf alle Tatsachen, die dem Kreditinstitut aus innerem Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung bekannt geworden sind. Der Gegenstand der Schweigepflicht wird außer durch dieses objektive Moment noch durch den Willen des Kunden begrenzt³⁷⁸⁾. Unstreitig unterliegen nur solche Tatsachen der Geheimhaltung, die nach dem Willen des Kunden Dritten nicht mitgeteilt werden sollen. Da aber dieser Wille regelmäßig nicht bekannt ist, muß das Interesse des Kunden als Erkenntnismittel dienen. Die Beurteilung hat dabei nicht von einem objektiven Interesse auszugehen, etwa davon, ob das Bekanntwerden der Tatsachen dem Bankkunden schaden würde³⁷⁹⁾, sondern der Umfang der der Schweigepflicht unterstehenden Tatsachen hat sich an dem „zutage liegenden Interesse“ des einzelnen Kunden zu orientieren³⁸⁰⁾.

³⁷²⁾ § 383 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO

³⁷³⁾ RG Urteil vom 28. 4. 1914 JW 1914, 830; RG Urteil vom 6. 2. 1928 JW 1928, 1344 (1345); OLG Colmar Urteil vom 10. 3. 1906 OLG 13, 159; OLG Dresden Urteil vom 19. 9. 1919 OLG 40; 377; KG Urteil vom 27. 9. 1927 JW 1928, 120; BGH Urteil vom 26. 10. 1953 Betrieb 1953, 1031; LG Frankfurt Beschluß vom 25. 11. 1953 NJW 1954, 688/689; Flor Betrieb 1953, 961; Müller, R. NJW 1963, 835; Sichtermann ZfK 1957, 890 und in Bankgeheimnis und Bankauskunft 1957 S. 164; Stein-Jonas-Schönke ZPO 18. Aufl. § 383 III 3b; Wiczorek ZPO 1957 § 383 C III c 3

³⁷⁴⁾ Stein-Jonas-Schönke ZPO 18. Aufl. § 383 III 2; LG Frankfurt Beschluß vom 25. 11. 1953 NJW 1954, 688/689

³⁷⁵⁾ § 14 Sparkassengesetz f. d. Land Niedersachsen vom 6. 7. 1962; früher § 10 Mustersatzung der Sparkassen vom 26. 8. 1932; § 32 Bundesbankgesetz

³⁷⁶⁾ § 9 BAT i. V. m. VO gegen Bestechung und Geheimnisverrat nicht beamteter Personen vom 22. 5. 1943 — RGBl. I 351 — und § 353 b StGB

³⁷⁷⁾ Müller, R. NJW 1963, 835; Sichtermann, Bankgeheimnis und Bankauskunft 1957 S. 176; Wiczorek, Zivilprozeßordnung und Nebengesetze 1957 § 384 B II d 3

³⁷⁸⁾ BGH Urteil vom 12. 5. 1958 NJW 1958, 1233

³⁷⁹⁾ OLG Dresden Urteil vom 19. 9. 1919 OLG 40, 377 (378)

³⁸⁰⁾ so BGH Urteil vom 12. 5. 1958 NJW 1958, 1233; im Ergebnis ebenso Sichtermann, Bankgeheimnis und Bankauskunft 1957 S. 100

7. 2 Verhältnis von Bankgeheimnis und Auskunftspflichten im Verwaltungsverfahren

Der Gesetzgeber hat zwei verfahrensrechtlich unterschiedliche Auskunftspflichten statuiert. So unterliegen die Kreditinstitute den Auskunftspflichten nach § 46 GWB, die sich auf Ermittlungen im Verwaltungsverfahren sowohl im Stadium des Vorverfahrens als auch des förmlichen Ermittlungsverfahrens, nicht aber im Bußgeldverfahren beziehen³⁸¹⁾. Diese Auskunftspflicht geht weit. Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen müssen durch ihre Inhaber oder durch die zur Vertretung berechtigten Personen³⁸²⁾ Auskunft über ihre wirtschaftlichen Verhältnisse geben³⁸³⁾. Die Kreditinstitute müssen also ihre eigenen wirtschaftlichen Verhältnisse, zum Beispiel Preise, Geschäftsbedingungen, Kosten, Vertragsabschlüsse, Verflechtungen und ähnliche Daten darlegen, soweit die konkret verlangte Auskunft für Verfügungen der Kartellbehörde erheblich ist. Hierzu gehören aber nicht die Namen der Einleger, der Kreditnehmer oder anderer Kunden, denen die nachgefragten Habenzinsen vergütet, Sollzinsen und Provisionen belastet oder gegenüber denen bestimmte Geschäftsbedingungen angewendet worden sind. Über die wirtschaftliche Lage Dritter, also der Bankkunden brauchen sich die Kreditinstitute nicht zu äußern. Sie können insoweit nur im Rahmen eines förmlichen Verfahrens als Zeugen gemäß § 52 Abs. 2 GWB vernommen werden.

Da das Gesetz selbst zwischen Auskunft über die eigene Situation und die Dritter unterscheidet und die eigenen wirtschaftlichen Verhältnisse der Kreditinstitute nicht, jedenfalls nicht in dem Umfang, wie über sie im Rahmen des § 46 Abs. 1 Nr. 1 GWB zu berichten ist, die ihrer Kunden berühren, verletzt eine auf diese Vorschrift gestützte Auskunft das Bankgeheimnis nicht³⁸⁴⁾.

Anders verhält es sich mit der Pflicht gemäß § 46 Abs. 1 Nr. 2 GWB, im obigen Rahmen geschäftliche Unterlagen vorzulegen und deren Nachprüfung zu dulden. Im Zusammenhang mit diesen Aufsichtsbefugnissen können die Kartellbehörden durchaus von Tatsachen Kenntnis erhalten, die zum Kreis der dem Bankgeheimnis unterliegenden Fakten gehören. Sichtermann³⁸⁵⁾ ist nun der Ansicht, die Verpflichtung der Kreditinstitute, das Bankgeheimnis zu wahren, habe Vorrang vor den Pflichten aus § 46 GWB. Die Kreditinstitute seien somit berechtigt, die Vorlage von Unterlagen zu verweigern. Andere Autoren beschäftigen sich mit diesem Einzelproblem nicht.

381) Junge in GemK. § 46 Anm. 1; Rauschenbach, Wirtschaftsrecht 1965 S. 186; Rinck, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 1008

382) § 46 Abs. 2 GWB

383) § 46 Abs. 1 Nr. 1 GWB

384) ebenso Sichtermann, Bankgeheimnis 1958 S. 40 und ZfK 1957, 888; Müller-Löffelholz, Banklexikon 5. Aufl. 1963 S. 25

385) Sichtermann, Das Bankgeheimnis 1958 S. 40 und Das Bankgeheimnis in Deutschland 1965 S. 65

Dieser Normenkonflikt läßt sich nicht, dem Problem ausweichend, dadurch lösen, daß man die auf diesem Wege bekannt gewordenen Tatsachen als nicht zum Schutzbereich gehörig ansieht. Ein solcher Lösungsweg ließe sich etwa damit begründen, die Bankkunden wollten keine Geheimhaltung gegenüber der Kartellbehörde, sondern nur gegenüber den Finanzämtern und den Strafverfolgungsbehörden. Der in erster Linie gegenüber diesen Behörden erstrebte Schutz sei auch ohne Geheimhaltung gegenüber den Kartellbehörden verwirklicht, weil die bei diesen beschäftigten oder von ihnen beauftragten Personen gemäß § 46 Abs. 8 GWB Stillschweigen zu bewahren hätten und weil die auf dem obigen Wege erlangten Kenntnisse und Unterlagen gemäß § 46 Abs. 9 GWB nicht für ein Besteuerungs- und Steuerstrafverfahren oder ein Verfahren wegen Devisenvergehens verwendet werden dürften. Außerhalb dieser genannten Verfahren können die Tatsachen sehr wohl verwertet werden. So könnte beispielsweise ein Wirtschaftsstrafverfahren auf Grund des von den Kartellbehörden ermittelten Sachverhalts eingeleitet werden. Sich gegen diese Gefahr zu schützen, liegt offensichtlich im Interesse des Bankkunden.

Die formell dogmatische Lösung des Pflichtenstreits ergibt sich aus dem unterschiedlichen Rechtscharakter beider Pflichten. Wie oben bereits dargelegt wurde, beruht die Auskunftspflicht auf einer gesetzlichen Grundlage, während die Geheimhaltungspflicht vertraglicher Natur ist. Vertragliche Pflichten können aber dann nicht wirksam vereinbart werden, wenn ihnen unverzichtbare gesetzliche Verpflichtungen entgegenstehen. Das Bankgeheimnis findet daher seine Grenze in den Gesetzen³⁸⁶⁾. Nur soweit die Vorrangigkeit des Bankgeheimnisses ebenfalls auf eine gesetzliche Grundlage gestellt worden ist, können die Kreditinstitute unter Berufung auf dieses Rechtsinstitut die Auskunft verweigern. Keine der gesetzlichen Grundlagen des Zeugnisverweigerungsrechts³⁸⁷⁾ gilt jedoch in einem gegen das Kreditinstitut selbst gerichteten kartellrechtlichen Verwaltungsverfahren.

Daneben sprechen auch materielle Erwägungen für die Vorrangigkeit der im Kartellgesetz statuierten Pflichten. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen muß das Bankgeheimnis in all seinen Erscheinungsformen dann zurücktreten, wenn ihm höherwertige öffentliche Interessen entgegenstehen. Sicherlich ist das Bankgeheimnis in der heutigen Wirtschaftsordnung nicht nur eine private Angelegenheit zwischen Kreditinstituten und ihren Kunden. Es besteht vielmehr auch ein öffentliches Interesse an seiner Wahrung. Die weitgehende Beaufsichtigung des Kreditgewerbes läßt ein staatliches Interesse an der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Bankenmarktes erkennen. Dieses Ziel wird aber nur durch ein unbedingtes Vertrauensverhältnis zwischen den Partnern des Bankenmarktes gewährleistet. Dieses Vertrauen wird nicht allein durch die Sicherung der Liquidität der Kreditinstitute geschaffen, son-

³⁸⁶⁾ Müller, R. NJW 1963, 835

³⁸⁷⁾ siehe Seite 87/88

dem setzt daneben eine Garantie des Bankgeheimnisses voraus, da bei einer Aufhebung dieses Rechtsinstituts gesamtwirtschaftliche Schäden eintreten könnten. Schwerwiegend könnten die schädigenden Auswirkungen auf den Sparsinn der Bevölkerung und die dadurch bewirkte Verhinderung der volkswirtschaftlich dringend erforderliche Sparkapitalbildung sein. Die Geldanlagen in Sachwerten könnten sich verstärken. Die Bereitschaft der Bankkundschaft, Gelder bei Kreditinstituten einzulegen, könnte sinken. Dadurch würde die Kontrolle des Geldumlaufs durch die Deutsche Bundesbank an Wirksamkeit verlieren, deren währungspolitische Mittel würden abstumpfen. Gelder und Kapitalien würden ins Ausland fließen. Ausländische Unternehmen könnten sich mit Investitionen zurückhalten. Im Ergebnis könnte die Aufhebung des Bankgeheimnisses eine vermehrte Kapitalbildung hindern, die Grundlage für einen wirtschaftlichen Aufschwung und damit für ein höheres Steueraufkommen ist.

Dieses durchaus nicht gering einzuschätzende öffentliche Interesse muß jedoch dem höheren Interesse, dem die Auskunftspflicht des § 46 GWB dient, weichen. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen soll den Leistungswettbewerb, also den Regulator der gesamten Wirtschaftsordnung sichern. Für die verwaltungsmäßige Durchführung dieser Aufgabe sind die Rechte nach § 46 GWB unentbehrlich. Es ist daher zwingend geboten, dieses global auf die gesamtwirtschaftliche Ordnung gerichtete, überragende Interesse höher zu stellen. Wenn man die Einschränkung des Bankgeheimnisses zu währungspolitischen Maßnahmen durch § 44 KWG billigt, dann ist es ebenfalls gerechtfertigt, das Bankgeheimnis zur Verwirklichung der Zielsetzungen des Kartellgesetzes zu durchbrechen. Soweit Kreditinstitute jeder Rechtsform aufgefordert werden, im Rahmen des § 46 GWB der Geheimhaltung unterliegende Tatsachen zusammen mit Fakten ihrer eigenen wirtschaftlichen Verhältnisse in irgendeiner Form zu offenbaren, können sie nicht unter Berufung auf das Bankgeheimnis das Zeugnis verweigern. Dieser Grundsatz gilt für alle in § 46 GWB statuierten Pflichten, sofern durch deren Erfüllung das Bankgeheimnis überhaupt gefährdet oder verletzt wird.

Richtet sich das Verwaltungsverfahren nicht gegen das Kreditinstitut selbst, sondern gegen einen seiner Bankkunden, so kann das Unternehmen durch seine Vertreter nur als Zeuge oder Sachverständiger gehört werden. In diesem Fall kann es die Auskunft über geheimzuhaltende Tatsachen verweigern, da ihm nach den gemäß § 54 Abs. 2 GWB entsprechend anzuwendenden Vorschriften der §§ 383 Abs. 1 Ziff. 5, 384 Ziff. 3, 408 ZPO ein Aussageverweigerungsrecht zusteht.

7. 3 Verhältnis von Bankgeheimnis und Auskunftspflichten im Bußgeldverfahren

Im Bußgeldverfahren bestimmt sich die Auskunftspflicht nach den Vorschriften der §§ 35—47 OWiG. Von diesen haben in bezug auf die Wahrung des Bankgeheimnisses nur die Pflichten und Rechte der §§ 35, 36 und 38 OWiG

Bedeutung. Einigkeit besteht darüber, daß den Kreditinstituten gegenüber dem Einsichtsrecht der Kartellbehörde gemäß § 36 OWiG im Ermittlungsverfahren in Bußgeldsachen kein Gegenrecht gegeben ist³⁸⁸⁾). Sie sind also verpflichtet, bestimmte zu bezeichnende Vorgänge zur Einsicht und Nachprüfung vorzulegen, selbst wenn dadurch geheimzuhaltende Tatsachen offenbart werden.

Anders verhält es sich nach Ansicht Sichtermanns³⁸⁹⁾ mit der in § 35 OWiG angeordneten Pflicht zur Auskunftserteilung. Er meint, im Bußgeldverfahren stände den Zeugen und Sachverständigen nicht nur ein Zeugnisverweigerungsrecht im Rahmen der §§ 52 ff StPO zu. Sie könnten sich vielmehr auch auf die Beschränkung in § 35 Abs. 1 OWiG berufen, wonach generell nur insoweit eine Aussagepflicht besteht, als nicht Geheimhaltungsvorschriften entgegenstehen. § 35 OWiG gelte nicht nur für Unternehmen, sondern auch für Einzelpersonen³⁹⁰⁾, weil diese Bestimmung sonst überflüssig wäre. Nach dem Sinn der Beschränkung in Satz 1 dieser Vorschrift könne das Zeugnis von Unternehmungen wie von Einzelpersonen außer nach §§ 52 ff StPO auch dann verweigert werden, wenn der Auskunft Geheimhaltungsvorschriften entgegenstehen. Die Beschränkung müsse außerdem über den Umfang der Verweigerungsrechte nach §§ 52 ff StPO hinausgehen, weil sie sonst zwecklos und überflüssig wäre. Zu den Geheimhaltungsvorschriften im Sinne dieser Bestimmung, die unstreitig Berufs- und Amtsgeheimnisse umfasse, sei auch das Bankgeheimnis zu rechnen, das ebenso ein echtes Berufsgeheimnis sei wie das des Arztes, Anwalts, Geistlichen oder das Steuergeheimnis, da es gleichfalls ein besonders hohes Maß an Vertrauen erfordere. Wollte man das Bankgeheimnis nicht unter § 35 Abs. 1 S. 1 OWiG subsumieren, so würden Privatbanken schlechter als öffentlich-rechtliche Kreditinstitute gestellt sein, da diese durch das Amtsgeheimnis von einer Auskunftserteilung befreit seien.

Sichtermann verkennt das Verhältnis der §§ 35 und 38 OWiG. § 35 Abs. 1 S. 1 OWiG regelt nach allgemeiner Ansicht die Grenzen der Auskunftspflicht für Behörden und juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, nicht jedoch auch die von Einzelpersonen, deren Auskunftsverweigerungsrecht durch § 38 Abs. 1 OWiG in Verbindung mit §§ 52 ff StPO festgelegt ist³⁹¹⁾. Die genannten Vorschriften der Strafprozeßordnung bringen eine unterschiedliche Behandlung je nach der Rechtsform der Unternehmen.

³⁸⁸⁾ Sichtermann ZfK 1957, 890; allgemein Rotberg, OWiG 3. Aufl. 1964 § 36 Anm. 7, 9; Stoecker, OWiG 1952 § 36 I 4

³⁸⁹⁾ Sichtermann ZfK 1957, 889

³⁹⁰⁾ so auch Schwarz, StPO 24. Aufl. 1963 § 35 OWiG A 5 Anm. 3

³⁹¹⁾ Erbs-Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze § 35 OWiG Anm. 2; Dalke-Fuhrmann-Schäfer, Strafrecht und Strafverfahren, 37. Aufl. 1961 zu § 35 OWiG Anm. 1; Kleinknecht-Müller, Kommentar zur Strafprozeßordnung 5. Aufl. 1963 § 35 OWiG Anm. 3; Rotberg, OWiG 3. Aufl. 1964 § 35 Anm. 3; a. A. Schwarz, StPO 24. Aufl. 1963 § 35 OWiG A 5 Anm. 3

Nach § 54 StPO haben die Beamten und Angestellten öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute ein Aussageverweigerungsrecht, da sie andernfalls über Umstände aussagen müßten, die dem Amtsgeheimnis unterliegen. Vorstand und Angestellte von Privatbanken sind dagegen zur Auskunft verpflichtet, da sie in den Katalog des § 53 StPO nicht aufgenommen worden sind.

Die privaten Kreditinstitute als solche sind gleichfalls zur Auskunft verpflichtet. Unter Geheimhaltungsvorschriften im Sinne des § 35 Abs. 1 S. 1 OWiG sind nach allgemeiner Meinung nur gesetzlich begründete oder zugelassene Geheimhaltungspflichten, wie Amts- und Berufsgeheimnisse, nicht aber rechtsgeschäftliche Verschwiegenheitsvereinbarungen zu verstehen³⁹²). Da bei Kreditinstituten des öffentlichen Rechts das Bankgeheimnis zugleich Amtsgeheimnis ist, sind diese zur Auskunftsverweigerung berechtigt. Die privatrechtlichen Kreditinstitute werden zwar auch in Ausübung ihrer bankgeschäftlichen Tätigkeit Träger eines Privatgeheimnisses. Da das Bankgeheimnis jedoch nicht unter dem Rechtsschutz des § 300 StGB steht, begrenzt es die Auskunftspflicht privatrechtlicher Kreditinstitute nicht.

Sichtermann ist zwar darin zuzustimmen, daß der stärkere Schutz des Bankgeheimnisses bei öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten angesichts der Wandlungen der Geschäftstätigkeit dieser Institute, insbesondere der Sparkassen, eine sachlich nicht mehr gerechtfertigte Bevorzugung darstellt. Da diese Unternehmungen in der heutigen Zeit ganz überwiegend privatwirtschaftliche Funktionen wahrnehmen, ist eine Sonderbehandlung öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute, ihrer Vorstände und Angestellten nicht mehr vertretbar. Die notwendige Gleichstellung kann jedoch nicht durch Auslegung des § 35 Abs. 1 S. 1 OWiG erreicht werden, sondern bedarf einer Neuordnung durch den Gesetzgeber. Bis dahin muß die Bevorzugung als ein Teil der diesen Instituten eingeräumten Präferenzen hingenommen werden. Sie kann nur dadurch ausgeglichen werden, daß man die Voraussetzungen für die Versagung der Aussagegenehmigung als nicht mehr gegeben ansieht, weil bei dem heutigen Funktionsbereich der Sparkassen wie auch anderer öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute eine wesentliche Gefährdung oder erhebliche Erschwerung der öffentlichen Aufgabe nicht zu erwarten ist.

8. Das Einvernehmen zwischen Kartellbehörde und Bankenaufsicht

Verfahrensrechtliche Besonderheiten gelten für das Kreditgewerbe insoweit, als die Kartellbehörde gemäß § 44 Abs. 2 GWB bei Bußgeldbescheiden und gemäß § 102 Abs. 2 GWB bei Verfügungen im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht an das Einvernehmen mit der Fachaufsichtsbehörde gebunden ist. Der Gesetzgeber wollte durch diese Regelung Eingriffe der Kartellbehörde

³⁹²) Dalcke-Fuhrmann-Schäfer, Strafrecht und Strafverfahren 37. Aufl. 1961 zu § 35 OWiG Anm. 2; Erbs-Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze § 35 OWiG Anm. 2; Rotberg OWiG 3. Aufl. 1964 § 35 Anm. 4; Schwarz StPO 24. Aufl. 1963 § 35 OWiG A 5 Anm. 3; Stoecker OWiG 1952 § 35 I 2

vermeiden, die sich mit dem Zweck der Bankaufsicht nicht vereinbaren lassen. Da es sich hier nicht um ein innerdienstliches Einvernehmen zwischen zwei selbständigen Behörden handelt, ist die Zustimmung des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen nach allgemeiner Ansicht Wirksamkeitsvoraussetzung, ohne die die Verfügung der Kartellbehörde nichtig ist³⁹³). Kann ein Einvernehmen nicht erzielt werden, so entscheidet gemäß §§ 44 Abs. 2 S. 3, 102 Abs. 4 GWB der Bundesminister für Wirtschaft oder die nach Landesrecht zuständige Stelle.

Nach § 102 Abs. 2 GWB ist das Einvernehmen nur in den Fällen des § 102 Abs. 1 GWB erforderlich, also nur bei Tatbeständen, die als Folge der Freistellung vom Verbotsprinzip der Mißbrauchsaufsicht nach § 102 Abs. 2 GWB unterliegen, folglich auch dann, wenn die Befreiung nicht an eine Meldung geknüpft ist. Schork³⁹⁴), Raiser³⁹⁵), Starck³⁹⁶) und Szagunn³⁹⁷) wollen, sich eng an den Wortlaut dieser Bestimmung haltend, das Erfordernis eines einverständlichen Vorgehens gegen Kreditinstitute und deren Verbände im Verwaltungsverfahren auf diese Fälle beschränken. Prölss³⁹⁸), Schreihage³⁹⁹) und Gleiss⁴⁰⁰) sprechen sich dagegen zu Recht für die Notwendigkeit eines Einvernehmens zwischen Kartellbehörde und Aufsichtsbehörde in allen Fällen des Eingreifens der Kartellbehörde aus, also insbesondere auch für Tatbestände der §§ 18, 22, 23, 26 Abs. 2 und 27 GWB, die ebenfalls einer besonderen Aufsicht durch das Bundeskartellamt unterliegen. Es handelt sich in der Tat bei der getroffenen Regelung um ein Redaktionsversehen. Nach dem Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaftspolitik⁴⁰¹) ist der Grundsatz des § 36 Abs. 2 RegE., der generell das Einvernehmen zwischen Kartell- und Aufsichtsbehörde verlangte, deswegen auf den Fall des Bußgeldantrages, jetzt Bußgeldbescheides, beschränkt worden, weil man davon ausging, daß für das Verwaltungsverfahren ein Einverständnis bereits in der Sondervorschrift des § 76a RegE., jetzt § 102 Abs. 2 GWB, vorgesehen war. Der Gesetzgeber wollte danach offenbar das Einvernehmen für jeden Eingriff der Kartellbehörde im Verwaltungsverfahren anordnen⁴⁰²). Nur wenn man das Erfordernis des Einvernehmens als einen allgemeinen Grundsatz ansieht, wird man dem oben genannten Zweck dieser Voraussetzung gerecht. Auf diese Weise wird auch das unbefriedigende Ergebnis ver-

³⁹³) Gleiss-Pollems in GemK. § 102 Anm. 22; Prölss VAG Anh. II § 81 Anm. 9 B b mit weiteren Nachweisen

³⁹⁴) Schork Sparkasse 1957, 288 und WuW 1958, 14 438

³⁹⁵) Raiser, R. in Festschrift für Prölss S. 211

³⁹⁶) Starck BB 1961, 889

³⁹⁷) Szagunn in Szagunn-Neumann KWG Anh. § 23 Anm. 32

³⁹⁸) Prölss VAG Anh. II § 81 Anm. 11

³⁹⁹) Schreihage BfGenW 1957, 768

⁴⁰⁰) Gleiss in GemK. § 102 Anm. 24

⁴⁰¹) Zu Bt.-Drucks II/3644 zu § 36

⁴⁰²) zu Bt.-Drucks. II/3644 zu § 76a

mieden, daß Verwaltungsverfügungen gegen Kreditinstitute ohne Zustimmung der Fachaufsichtsbehörde wirksam sind, daß aber Verstöße gegen diese Verfügungen nicht oder erst nach Weisungen gemäß § 44 Abs. 2 und 3 GWB geahndet werden können, weil die Fachaufsichtsbehörde einem Bußgeldbescheid nicht zustimmt.

Entgegen der Auffassung von Gleiss⁴⁰³⁾ ist je doch bei formlosem Vorgehen der Kartellbehörde, etwa durch Stellungnahme oder Abmahnung, ein Einvernehmen nicht erforderlich. Nach dem Wortlaut des § 102 Abs. 2 GWB ist erst der Erlass der Verfügung, durch die Maßnahmen untersagt oder Verträge und Beschlüsse im Sinne des § 1 „für unwirksam erklärt“ werden, zustimmungsbedürftig, nicht auch schon die den Verfügungen vorhergehenden unverbindlichen Maßnahmen. Eine Erstreckung der Zustimmungsbedürftigkeit auf dieses Vorgehen ist auch nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht geboten⁴⁰⁴⁾.

9. Die Mißbrauchsaufsicht der Kartellbehörde gemäß § 102 Abs. 2 GWB

9. 1 Der Mißbrauchsbegriff im Sinne des § 102 Abs. 2 GWB

9. 11 Mißbrauch bei Verträgen und Beschlüssen

Das Kartellgesetz geht bei den Bereichsausnahmen wie bei allen übrigen im Gesetz zugelassenen Wettbewerbsbeschränkungen von seiner Grundkonzeption, dem Verbotsprinzip ab. Dies erfolgt jedoch nicht vorbehaltlos, denn auch diese Bereiche sind nicht frei von öffentlich-rechtlicher Einwirkung. In allen Fällen zulässiger Beschränkung des Wettbewerbs ist nämlich eine Mißbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörde vorgesehen, für Erlaubnis- und Anmeldekartelle in §§ 11 Abs. 5 Nr. 2, 12 Abs. 1 Nr. 1 GWB, für Preisbindungen der zweiten Hand in § 17 Abs. 1 Nr. 2 GWB, für Ausschließlichkeitsverträge und Lizenzverträge in §§ 18 Abs. 1, 20 Abs. 3 GWB, für marktbeherrschende Unternehmen in § 22 Abs. 3 Nr. 1 GWB, für die Bereichsausnahmen — mit Ausnahme der Verkehrswirtschaft — § 99 Abs. 1 GWB —, der Deutschen Bundesbank, der Kreditanstalt für Wiederaufbau, der Staatsmonopole und des Geltungsbereichs des Montanunionsvertrages — § 101 GWB — allgemein in § 104 GWB, für die Kredit- und Versicherungswirtschaft speziell in § 102 Abs. 2 GWB. Für den Bereich des Kreditgewerbes hat sich der Gesetzgeber mithin dafür entschieden, im Widerstreit der Interessen den besonderen Belangen der Kreditwirtschaft durch eine Freistellung vom Verbotsprinzip Rechnung zu tragen. Die damit wiederhergestellte Vertragsfreiheit findet jedoch ihre Grenze im Mißbrauch dieser Gestaltungsfreiheit.

⁴⁰³⁾ Gleiss in GemK. § 102 Anm. 22

⁴⁰⁴⁾ Im Ergebnis ebenso BKA Tätigkeitsbericht 1961 S. 54

Ein Mißbrauch kann generell nur vorliegen, wenn die Kartellbeteiligten eine an sich erlaubte Abrede wettbewerbsbeschränkenden Inhalts treffen ⁴⁰⁵⁾. Überschreiten sie dagegen die ihnen eingeräumten Befugnisse, so verstoßen sie gegen das Gesetz. Halten sich also Kreditinstitute nicht im Rahmen der durch § 102 Abs. 1 GWB freigestellten Geschäfte oder ihrer Meldung, so handeln sie nicht mißbräuchlich, sondern verletzen das Kartellverbot mit der Folge, daß wettbewerbsbeschränkende Verträge unwirksam sind. Für Maßnahmen der Mißbrauchsaufsicht ist in diesen Fällen kein Raum.

Das Kartellgesetz definiert den Begriff „Mißbrauch“ nicht. Alle Mißbrauchsvorschriften, die im Wortlaut im wesentlichen übereinstimmen, setzen den Begriff als bekannt voraus. In § 102 Abs. 2 GWB mißbilligt der Gesetzgeber Verträge und Beschlüsse, „die einen Mißbrauch der durch Freistellung von §§ 1 und 15 erlangten Stellung im Markt darstellen“. Bei der Auslegung dieser Bestimmung ist daher auf den Mißbrauch als allgemeines Rechtsinstitut zurückzugreifen, wie es insbesondere von Siebert ⁴⁰⁶⁾ herausgebildet worden ist.

Nach der allgemeinen Mißbrauchslehre findet jede Befugnis ihre Schranken an den höheren Normen des Gemeinwohls. Jedes subjektive Recht ist von innen heraus durch den Zweck des Rechts beschränkt ⁴⁰⁷⁾. Eine zweckfremde Rechtsausübung ist materiell durch den Inhalt des Rechts nicht gedeckt, obwohl sich der Handelnde formell im Rahmen seines Rechts hält ⁴⁰⁸⁾. Das Kartellgesetz schränkt die der Kreditwirtschaft durch § 102 GWB eingeräumte Gestaltungsfreiheit bereits von außen her dadurch ein, daß es der mißbräuchlichen Ausübung der Vertragsfreiheit ausdrücklich den Schutz versagt. Da aber der Mißbrauchsbegriff im Gesetz nicht bestimmt worden ist, sind die Erkenntnisse der Lehre vom Mißbrauch dennoch zur Abgrenzung von erlaubttem und mißbräuchlichem Verhalten heranzuziehen.

Nach allgemeiner Ansicht ist die Zweckwidrigkeit das entscheidende Kriterium des Mißbrauchs ⁴⁰⁹⁾. Dabei kommt es auf ein Verschulden der Beteiligten nicht an, wie auch der fehlerhafte Gebrauch nicht die Schwere eines Sitten-

⁴⁰⁵⁾ Rauschenbach, Wirtschaftsrecht 1965 S. 140; Rindk, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 965

⁴⁰⁶⁾ Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung 1934 S. 151

⁴⁰⁷⁾ Sogenannte „Innentheorie“ Siebert in Soergel-Siebert BGB 9. Aufl. Vor § 226 Anm. 11 ff; Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil 2. Hlbbd. 15. Aufl. 1960 § 239 III 6

⁴⁰⁸⁾ Rindk, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 964

⁴⁰⁹⁾ BGH Beschluß vom 24. 10. 1963 — Fensterglas IV — in Betrieb 1964, 510; KG Beschluß vom 10. 7. 1962 — Fensterglas III — WuW/E OLG 478 (481); Beschluß vom 5. 6. 1963 — Thomasphosphat III — WuW/E OLG 570; BKA Beschluß vom 30. 12. 1959 — Röhrenhersteller — WuW/E BKartA 119; Beschluß vom 12. 11. 1962 — Röhrenhersteller II — WuW/E BKartA 538; Rauschenbach, Wirtschaftsrecht 1965 S. 140; Rindk, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 966; Dörinkel in GemK. § 12 Anm. 2 mit Nachweisen

verstoßes erreichen muß⁴¹⁰⁾. Die Kartellaufsicht zielt darauf ab, eine zweckfremde Ausnutzung kartellrechtlich zulässiger Gestaltungsmöglichkeiten zu verhindern. Die Ordnung des Marktes soll geschützt werden. Dies kann nur wirksam geschehen, wenn die Kartellbehörde auch unbewußten Störungen im Bereich zwischen lauterem und unlauterem Verhalten entgegentreten kann.

Ein Marktverhalten ist dann mißbräuchlich, wenn es mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes unvereinbar ist. Sofern als Ausnahmen von dem generellen Kartellverbot einzelne Kartellformen, wie die der §§ 2 — 8 GWB, erlaubt oder ganze Wirtschaftszweige, wie beispielsweise das Kreditgewerbe, ausgenommen worden sind, ist die Frage der Diskrepanz zwischen Zweck des Handelns und Zweck des Gesetzes in erster Linie am rechtspolitischen Grund der Freistellung zu prüfen. Da aber § 102 Abs. 2 GWB nicht auf einen Mißbrauch schlechthin, sondern auf den Mißbrauch der durch Freistellung von §§ 1 und 15 GWB erlangten Marktposition abstellt, ist daneben auch die Zielsetzung des Gesetzes bei der Abwägung zu berücksichtigen⁴¹¹⁾. Die durch das generelle Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen in §§ 1 und 15 GWB gekennzeichnete Zielsetzung einerseits und die in § 102 GWB ausgesprochene Zulässigkeit von Kartellabsprachen andererseits stehen einander gegenüber. Es bedarf mithin einer Abwägung der widerstreitenden Interessen. Dabei sind die gegensätzlichen Belange am Sinn und Zweck des § 102 GWB zu messen. Grundsätzlich ist jede gemeldete Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB im Kreditgewerbe erlaubt. Dieser Grundsatz ist jedoch durch den vom Gesetz mit der Freistellung erstrebten Zweck begrenzt⁴¹²⁾. Eine durch den Sinn und Zweck dieser Ausnahmegvorschrift nicht gerechtfertigte Beschränkung des Wettbewerbs ist mißbräuchlich, weil das Maß dessen überschritten wird, das nach dem Willen des Gesetzgebers im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung wegen der besonderen Bedürfnisse der Kreditwirtschaft hingenommen werden soll.

Hinzu kommen muß noch, daß der sinn- und zweckwidrige Gebrauch ein nicht unerhebliches Ausmaß erreicht, denn zum Begriff des Mißbrauchs gehört neben dem qualitativen Element eine gewisse Grobheit des Verstoßes, die das öffentliche Interesse verletzt⁴¹³⁾.

In den Fällen der Ausnahmegvorschriften der §§ 2 — 8 GWB hält der Gesetzgeber aus speziellen, in den Bestimmungen selbst zum Ausdruck gebrachten

⁴¹⁰⁾ h. M. BGH Beschluß vom 24. 10. 1963 — Fensterglas IV — in Betrieb 1964, 510; BKA Beschluß vom 30. 12. 1959 — Röhrenhersteller — WuW/E BKartA 119; Dörinkel WuW 1959, 87; Müller-Henneberg BB 1959, 141; Rauschenbach, Wirtschaftsrecht 1965 S. 108; Rindk, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 966, 967; a. M. Dichgans WuW 1958, 660/661, der Sittenwidrigkeit verlangt.

⁴¹¹⁾ BKA Beschluß vom 30. 12. 1959 — Röhrenhersteller — WuW/E BKartA 119

⁴¹²⁾ KG Beschluß vom 5. 6. 1963 — Thomasphosphat III — WuW/E OLG 570

⁴¹³⁾ Rindk, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 975, 976; ähnlich R. Schmidt, Zur rechtlichen Lage der Versicherungswirtschaft nach dem GWB 1960 S. 29

wirtschaftspolitischen Erwägungen einzelne Kartelle unter bestimmten Voraussetzungen für wünschenswert. Die Ausnahmereiche, wie gerade das Kreditgewerbe, sind dagegen aus sehr unterschiedlichen Gründen freigestellt worden. So hat der Gesetzgeber die Kreditwirtschaft deshalb nicht dem Kartellverbot unterstellt, weil sie bereits einer Fachaufsicht durch das Bundesaufsichtsamt und einer Kontrolle durch die Deutsche Bundesbank unterliegt, weil wegen der aus geld- und währungspolitischen Gründen erfolgten hoheitlichen Zinsbindung nur wenig Raum für die Anwendung des Kartellgesetzes bleibt, weil eine bestimmte Gruppe von Geschäften, wie Konsortialgeschäfte, einen kartellrechtlichen Zusammenschluß erfordert und weil ein freier Wettbewerb die Gefahr von Zusammenbrüchen von Kreditinstituten herbeiführt ⁴¹⁴⁾.

Diese Überlegungen können nur teilweise als Wertungsmaßstab herangezogen werden. Die in der Kreditwirtschaft bereits bestehende strenge Fachaufsicht und die straffe Kontrolle durch die Deutsche Bundesbank sind als Kriterien des Mißbrauchsbegriffs praktisch unergiebig ⁴¹⁵⁾, weil sie keinen unmittelbaren Bezug auf die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen eines Marktverhaltens haben und deshalb keinen Aufschluß darüber geben, wann zwischen der Beeinträchtigung des Wettbewerbs und dem mit der Privilegierung erstrebten Erfolg ein Mißverhältnis besteht. Der Gesichtspunkt, daß das Kartellgesetz ohnehin nur beschränkt anwendbar ist, solange Zinsen und Provisionen im Einlagen- und Kreditgeschäft hoheitlich gebunden sind, kann gleichfalls nicht der Abgrenzung dienen, da diese Folge allein auf dem hoheitlichen Charakter der Konditionenbindung beruht.

Von einer auf diese spezielle Gruppe von Geschäften beschränkten Aussagekraft ist der Hinweis auf den aus Gründen der Risikoverteilung oder der besseren Plazierungskraft erforderlichen kartellrechtlichen Zusammenschluß von Kreditinstituten bei Konsortialgeschäften. Sofern ein Konsortialgeschäft nach der besonderen Ausgestaltung des Einzelfalls überhaupt unter § 1 GWB fällt, ist die Beschränkung des Wettbewerbs nur insoweit geschützt, als dies durch die genannten besonderen bankwirtschaftlichen Belange geboten ist. Eine über diesen Zweck hinausgehende Beeinträchtigung ist dagegen mißbräuchlich. Würde sich beispielsweise die Mehrheit der Kreditinstitute, die ihrer Größe nach als Mitglieder eines Konsortiums in Betracht kommen, einschließlich der Groß- und Zentralbanken als Mitglieder eines Konsortiums zu einer Zeit, in der der Kapitalmarkt nur für den Emittenten sehr ungünstige Emissionsbedingungen zuläßt, durch eine Meistbegünstigungsklausel ⁴¹⁶⁾ verpflichten, anderen Emittenten innerhalb eines längeren Zeitraums keine günstigeren Bedingungen einzuräumen, so wäre diese Vereinbarung dann mißbräuchlich,

⁴¹⁴⁾ Bt.-Drucks. II/1158 Anl. 2 zu § 76; Kurzprotokoll der 28. Sitzung des Bundestagsausschusses für Geld und Kredit vom 27. 10. 1955

⁴¹⁵⁾ a. A. Schork Sparkasse 1959, 81

⁴¹⁶⁾ siehe Seite 38

wenn der Kapitalmarkt noch während der Dauer der vertraglichen Bindung erheblich günstigere Emissionsbedingungen gestattet, anderen Emittenten aber diese vom Markt her möglichen Bedingungen wegen der Verpflichtung nicht eingeräumt werden können. Durch die Meistbegünstigungsklausel würden Unternehmen, die ihren Finanzbedarf durch die Emission von Wertpapieren decken wollen, in ihrer Möglichkeit beschränkt, dies zu marktgerechten Bedingungen zu tun, ohne daß diese Beeinträchtigung auf Gründen der Risikoverteilung oder der größeren Plazierungskraft beruht. Eine solche Abmachung wäre durch den Sinn und Zweck des § 102 GWB nicht gerechtfertigt. Sie wäre volkswirtschaftlich schädlich und daher mißbräuchlich.

Allgemeine Bedeutung kommt nur der Überlegung zu, den Markt für Bankleistungen zum Schutz vor Zusammenbrüchen von Kreditinstituten nicht dem freien Wettbewerb als Ordnungsprinzip auszusetzen. Der betriebswirtschaftliche Grund für Zusammenbrüche ist auch mangelnde Rentabilität, die eine Folge nicht kostendeckender Erträge ist. Da nun die Höhe der Zins- und Provisionseinnahmen vom Wettbewerb unter den konkurrierenden Kreditinstituten abhängt, bezieht sich die auf den Schutz vor Zusammenbrüchen gerichtete Erwägung unmittelbar auf das Wettbewerbsverhalten im Kreditgewerbe und ist damit ein echtes Abgrenzungskriterium. Eine Beschränkung des Wettbewerbs im Kreditgewerbe ist mithin gerechtfertigt, wenn die Beschränkung zur Erzielung einer den Fortbestand der Kreditinstitute sichernden Rentabilität erforderlich ist. In welchen Fällen diese Voraussetzung erfüllt ist, kann jeweils nur im Hinblick auf den konkreten Einzelfall entschieden werden. Eine allgemeine Aussage kann lediglich hinsichtlich der typischen Mißbrauchsfälle — Ausschluß des letzten Wettbewerbs und überhöhte Preise — getroffen werden.

9. 111 Ausschluß des letzten Wettbewerbs

Eine Abrede, durch die der Wettbewerb im Kreditgewerbe völlig ausgeschlossen wird, verstößt gegen die Zielsetzung des Kartellgesetzes. Da sie nicht durch das begrenzte, oben dargelegte Ziel der Sonderregelung des § 102 GWB gedeckt wird, ist sie, wie ganz allgemein⁴¹⁷⁾, auch in der Kreditwirtschaft mißbräuchlich. Diese Wertung gilt für den Ausschluß des Wettbewerbs insgesamt wie für den Ausschluß in einzelnen Geschäftszweigen.

Einheitliche Geschäftsbedingungen für einzelne Bankgeschäfte, Zinsen und Provisionen ausgenommen, sind unter diesem Gesichtspunkt unbedenklich, weil die Geschäftsbedingungen aus sachlichen, volkswirtschaftlich vertretbaren Gründen weitgehend standardisiert sind und weil in der Praxis die Vorteile eines Angebots an dessen günstigeren Konditionen gemessen werden.

⁴¹⁷⁾ Rauschenbach, Wirtschaftsrecht 1965 S. 140; Rinck, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 969

Auch einheitliche Konditionen sind für sich genommen in diesem Sinne nicht mißbräuchlich. Im Gegensatz zu anderen Wirtschaftszweigen ist im Kreditgewerbe ein weitgehender Ausschluß des Konditionenwettbewerbs erlaubt. Gerade hierin liegt das begrenzte Ziel der Ausnahmeregelung des § 102 GWB. Der Gesetzgeber hat selbst durch Erlass der Zinsverordnung zu erkennen gegeben, daß in deren Geltungsbereich eine völlige Vereinheitlichung der Zinsen und Provisionen geradezu geboten ist. Sind aber hoheitliche Bindungen mit kartellgleicher Wirkung erforderlich, um die fachaufsichtlichen Ziele des Kreditwesengesetzes — Sicherung der Funktionsfähigkeit des Kreditapparates und Schutz der Gläubiger der Kreditinstitute vor Verlusten — zu erreichen, dann können auch entsprechende privatrechtliche Vereinbarungen der Kreditinstitute keinen Mißbrauch der Freistellung darstellen. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Zins- und Provisionssätze den Zielen des § 23 Abs. 1 KWG entsprechen, also die kreditpolitischen Maßnahmen der Deutschen Bundesbank unterstützen, die Funktionsfähigkeit des Kreditgewerbes wahren, eine der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung angemessene Kreditversorgung sichern und die Spartätigkeit fördern.

Doch beginnt der Mißbrauch nicht schon dort, wo die hoheitliche Regelungsbefugnis endet. Die Bindung der Konditionen in anderen Geschäftssparten als im Kredit- und Einlagengeschäft, etwa im Effekten- und Depotgeschäft, ist gleichfalls zulässig. Die Höhe der Zins- und Provisionssätze muß auch nicht in jedem Fall den Zielen des § 23 KWG genügen. Die Sätze müssen nur zum Schutz der Kreditinstitute vor den Folgen eines harten Wettbewerbs erforderlich sein.

Der mit der Freistellung verfolgte Zweck des Schutzes vor Zusammenbrüchen wird aber dann überschritten, wenn einheitliche Zins- und Provisionssätze zusammen mit den auch ohne Kartellvertrag oder Empfehlung inhaltlich weitgehend übereinstimmenden Geschäftsbedingungen zum Ausschluß des letzten Wettbewerbs auf dem Markt für Bankleistungen führen. Diese wirtschaftliche Folge tritt noch nicht ein, wenn sich eine Zins- und Provisionsvereinbarung mit der Festlegung von Grenzwerten, also von Höchst- und Mindestsätzen begnügt. In diesem Fall bleibt es den Beteiligten nämlich unbenommen, die für den Einzelfall zu berechnenden Vom-Hundertsätze innerhalb der Grenzwerte eigenverantwortlich zu bestimmen. Werden dagegen die Konditionen eines Geschäftszweiges oder gar alle Konditionen in Form von Festwerten verbindlich festgesetzt, so daß Differenzierungen nicht mehr möglich sind, so wird praktisch jeglicher Wettbewerb ausgeschlossen und damit im Regelfall über das Ziel des § 102 GWB hinausgegangen. Nur in Ausnahmesituationen, wenn beispielsweise durch einen ruinösen Wettbewerb im Kreditgeschäft eine konkrete Gefahr für die Sicherheit fremder Vermögenswerte herbeigeführt worden ist, könnten einmal Festsätze für Sollzinsen im gesamten Kreditgeschäft gerechtfertigt sein. Ein solcher Ausnahmefall wird allerdings kaum praktische Bedeutung erlangen, da das Bundesaufsichtsamt bereits vorher im Rahmen der Fachaufsicht solchen Not-

fällen durch hoheitliche Maßnahmen entgegentreten wird, so daß für privatrechtliche Regelungen wettbewerbsbeschränkenden Inhalts kein Raum mehr bleibt.

9. 112 „Überhöhte“ Konditionen

Überhöhte Preise sind der größte Fall des Mißbrauchs⁴¹⁸⁾. Dieser Grundsatz gilt auch für das Kreditgewerbe, denn der Schutz vor Zusammenbrüchen erfordert keine durch eigene Leistungen nicht gerechtfertigte Gewinne. Es handelt sich in diesen Fällen um eine zweckfremde Ausnutzung einer vom Gesetz eingeräumten Rechtsposition. Als mißbräuchlich sind solche Zins- und Provisionssätze zu bezeichnen, die in dieser Höhe im freien Wettbewerb nicht hätten erzielt werden können, also ungerechtfertigt niedrige Habenzinssätze und überhöhte Sollzins- und Provisionssätze. Für Habenzinsen gilt dieser Regelsatz, wenn in Zeiten großer Nachfrage der Kreditinstitute nach Einlagen der Habenzinssatz auf Grund einer Absprache unangemessen niedrig gehalten wird, ohne daß hierzu wegen niedriger Zinssätze im Kreditgeschäft eine Notwendigkeit besteht. Als Maßstab für die Angemessenheit der Zinshöhe könnten je nach Laufzeit und Kündigungsfrist der Einlagen die Zinssätze für Tagesgeld der Kreditinstitute, Abgabesätze für Geldmarktpapiere der Deutschen Bundesbank oder der Marktzins für Rentenwerte dienen. Sollzinssätze sind danach dann mißbräuchlich, wenn sie, ohne daß es wegen der Höhe der Habenzinsen oder der besonderen Risikolage des Geschäfts erforderlich ist, also ohne sachlich gerechtfertigten Grund, in beträchtlichem Umfang zum Nachteil der Kreditnehmer über das Gebotene hinausgehen⁴¹⁹⁾. Gewisse Zuschläge zum sachlichen Entgelt sind allerdings zulässig, da das Entgelt nicht nur das Risiko und die Kosten decken, sondern auch die Bildung freier Rücklagen und die Erzielung eines vertretbaren Gewinns ermöglichen soll.

9. 12 Mißbrauch bei Empfehlungen

Diese Maßstäbe gelten sowohl für Verträge und Beschlüsse als auch für Empfehlungen. Die Gründe der Sonderregelung beziehen sich gleichermaßen auf Absprachen und Empfehlungen. Empfehlungen sind im praktischen Wirtschaftsleben ein Ersatz für Verträge und Beschlüsse. Es ist kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum an den Mißbrauch bei Empfehlungen geringere Anforderungen zu stellen sind. Wenn vertraglich festgelegte Zinsen und Provisionen nicht mißbräuchlich sind, so sind sie es auch nicht, wenn sie Inhalt einer Empfehlung sind.

⁴¹⁸⁾ Rinck, Wirtschaftsrecht 1963 Rdnr. 968

⁴¹⁹⁾ BKA Beschluß vom 30. 12. 1959 — Röhrenhersteller — WuW/E BKartA 119; Prölss VAG Anh. II § 81 Anm. 8; R. Schmidt, Zur rechtlichen Lage der Versicherungswirtschaft nach dem GWB 1960 S. 29

Entgegen der Auffassung von Starck ⁴²⁰⁾, Reimann ⁴²¹⁾ und des Bundeskartellamts ⁴²²⁾ ist auch die Durchführung von Empfehlungen nicht deswegen mißbräuchlich im Sinne des § 102 Abs. 2 GWB, weil diese etwa wegen der Imperativfassung des Textes nicht erkennbar unverbindlich sind oder weil ein gesellschaftlicher Druck zur Einhaltung angewendet wird ⁴²³⁾. Die Bezeichnung der Empfehlung wie auch ihr Wortlaut und ihre Aufmachung können den Eindruck erwecken, als handele es sich bei einer Empfehlung eines Spitzenverbandes oder des Zentralen Kreditausschusses um eine amtliche, halbamtliche oder zumindest verbindliche Zins- oder Provisionsregelung. Da in der Praxis solche privaten Übersichten über die üblichen Entgelte für Bankleistungen teilweise als verbindliche Gebührenregelungen angesehen werden, stellt sich die Frage, ob Empfehlungen ohne ausdrücklichen Hinweis auf ihre Unverbindlichkeit als mißbräuchlich zu bezeichnen sind. Der Gesetzgeber fordert bei Mittelstandsempfehlungen — § 38 Abs. 2 S. 3 GWB — und bei Empfehlungen zur einheitlichen Anwendung von Normen und Typen — § 38 Abs. 3 GWB — einen ausdrücklichen Zusatz, der die Empfehlung als unverbindlich bezeichnet. Die Aufnahme eines solchen Hinweises wie das Fehlen jeglichen wirtschaftlichen, gesellschaftlichen oder sonstigen Drucks sind nach der gesetzlichen Regelung Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Empfehlung. Fehlt eine dieser Voraussetzungen, so ist die Empfehlung verboten, nicht etwa mißbräuchlich.

Diese Erkenntnisse sind auf die erlaubten Empfehlungen im Kreditgewerbe zu übertragen, jedenfalls soweit die hier interessierende Frage ansteht, ob diese Empfehlungen deshalb mißbräuchlich sind, weil sie keinen Unverbindlichkeitszusatz tragen oder weil wirtschaftlicher oder gesellschaftlicher Druck zu ihrer Einhaltung angewendet wird. Die Aufnahme eines Unverbindlichkeitszusatzes und das Fehlen jeglichen gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Drucks gehören rechtssystematisch zum Komplex der begrifflichen Grenzen einer Empfehlung. Sie müssen bei der Prüfung eines Tatbestandes unter Mißbrauchsgesichtspunkten außer Betracht bleiben.

Die Frage, ob Empfehlungen im Kreditgewerbe nur zulässig sind, wenn beide Voraussetzungen vorliegen, ist unterschiedlich zu beantworten. Gesellschaftlicher oder wirtschaftlicher Druck zur Einhaltung einer Empfehlung ist immer, also auch im Kreditgewerbe verboten. Ein ausdrücklicher Unverbindlichkeitszusatz ist dagegen entbehrlich. Jede nicht mißbräuchliche Beschränkung des Wettbewerbs ist im Kreditgewerbe erlaubt, sofern sie gemeldet ist, gleich ob sie durch verbindliche Verträge oder durch unverbindliche Empfehlungen herbeigeführt wird. Kartellvertrag, -beschluß und Empfehlung werden hinsichtlich ihrer Zulässigkeit gleich behandelt. Da es den Kreditinstituten oder

⁴²⁰⁾ Starck BB 1961, 889

⁴²¹⁾ Reimann BB 1961, 1186

⁴²²⁾ BKA in Tätigkeitsbericht 1958 S. 32/33 und 1961 S. 54

⁴²³⁾ Starck BB 1961, 889

Spitzenverbänden freisteht, einheitliche Bedingungen für ein Bankgeschäft verbindlich durch Vertrag oder unverbindlich durch Empfehlung zu schaffen, wäre ein ausdrücklicher Unverbindlichkeitszusatz bei Empfehlungen kartellrechtlich ohne Sinn. In der Praxis ist den Empfehlungen der Verbände auch kein Zusatz beigefügt. Im übrigen wären diese Umstände auf die Bestimmung des Mißbrauchsbegriffs überhaupt ohne jeden Einfluß, denn es sind bei der Abwägung nur solche Momente zu berücksichtigen, die als Folge der Freistellung von §§ 1 und 15 GWB auftreten. Dies trifft aber für das Erfordernis eines Unverbindlichkeitszusatzes und des Fehlens gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Drucks nicht zu.

9. 2 Die Aufsichtsbefugnisse der Kartellbehörde gemäß § 102 Abs. 2 GWB

Für den Fall des Mißbrauchs ist klärungsbedürftig, gegen wen und mit welchen Mitteln die Kartellbehörde vorgehen kann. Handelt es sich um Verträge oder Beschlüsse, so kann sie gegen die beteiligten Kreditinstitute und Spitzenverbände Aufsichtsmaßnahmen ergreifen. Streitig ist, ob die Kartellbehörde bei mißbräuchlichen Empfehlungen nur gegen den Empfehlenden oder auch gegen die folgsamen Empfehlungsempfänger vorgehen kann. Starck ⁴²⁴⁾ meint, Eingriffsmöglichkeiten gegen die Adressaten seien nicht gegeben, weil sich auch die „strafrechtsähnliche Bestimmung des § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB nicht gegen sie anwenden ließe“. Er verkennt dabei den unterschiedlichen Zweck der beiden Möglichkeiten. Die Mißbrauchsaufsicht will nicht wie die Bußgeldsanktion die Einhaltung der gesetzlichen Verbote sicherstellen, sondern die Wettbewerbsfreiheit vor ungerechtfertigten Beschränkungen durch an sich erlaubte Wettbewerbsbeschränkungen schützen. Sie wendet sich im Ergebnis gegen den wettbewerbsbeschränkenden Erfolg eines bestimmten Kartellverhaltens. Während die Bußgeldsanktion gegen ein tatbestandsmäßig umschriebenes, nicht notwendig mißbräuchliches Verhalten zielt, richtet sich die Mißbrauchsaufsicht ihrem Sinn nach gegen Faktoren, deren Zusammenwirken die Mißbrauchssituation schafft. Die im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht zulässigen Maßnahmen können daher einmal gegen den Empfehlenden als Veranlasser der Mißbrauchssituation geführt werden. Sie können sich aber auch gegen die die Empfehlung befolgenden Adressaten wenden ⁴²⁵⁾, deren Verhalten in ihrer Gesamtheit den Wettbewerb tatsächlich beschränkt, denn nur wenn sich deren Marktverhalten ändert, kann sich die reale Wettbewerbslage zu größerer Wettbewerbsfreiheit hin entwickeln. Die Zurücknahme der Empfehlung ist häufig nicht effektiv.

Nach dieser Auffassung kann die Kartellbehörde im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht sowohl bei Verträgen als auch bei Empfehlungen gegen alle

⁴²⁴⁾ Starck BB 1961, 889

⁴²⁵⁾ Im Ergebnis ebenso Reimann BB 1961, 1185; Schork Sparkasse 1959, 81/82; Gleiss in GemK. § 102 Anm. 23 d; Würdinger WuW 1958, 513

an einem wettbewerbsbeschränkenden Tatbestand im Sinne der §§ 1 und 15 GWB Beteiligten vorgehen, so wie auch jeder Tatbestand, unabhängig von seiner kartellrechtlichen Natur, die gleichen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen zeigt. Diese gegenüber den Befugnissen im Bußgeldverfahren weitergehenden Eingriffsmöglichkeiten im Verwaltungsverfahren finden ihre Rechtfertigung darin, daß die Mißbrauchsaufsicht als Preis für die Freistellung vom Verbotsprinzip erforderlich war⁴²⁶⁾.

Die Mittel der Mißbrauchsaufsicht sind in § 102 Abs. 2 GWB genannt. Danach kann die Kartellbehörde Verträge und Beschlüsse für unwirksam erklären mit der Folge, daß beide ex nunc unverbindlich werden und damit das Hinwegsetzen über die Unwirksamkeit nunmehr als Ordnungswidrigkeit gemäß § 38 Abs. 1 Nr. 2 GWB verfolgbar ist. Nach der Unwirksamkeitserklärung hat eine erneute Meldung unter den gleichen Voraussetzungen nicht die Wirkung des § 102 Abs. 1 S. 1 und 2 GWB⁴²⁷⁾, da sonst die Befugnisse nach § 102 Abs. 2 GWB zwecklos wären.

Nach dem Wortlaut des § 102 Abs. 2 GWB besteht diese Befugnis nur bei Verträgen und Beschlüssen im Sinne des § 1 GWB, nicht auch bei solchen im Sinne des § 15 GWB. Schreihage⁴²⁸⁾ und Schork⁴²⁹⁾ sind nun der Meinung, ein Vertrag im Sinne des § 1 GWB könne kein Mißbrauch der Freistellung von § 15 GWB sein. Sie sehen daher in der Nichteinbeziehung des § 15 GWB ein Redaktionsversehen und legen Absatz 2 ergänzend dahin aus, daß auch Verträge und Beschlüsse im Sinne des § 15 GWB für unwirksam erklärt werden können. Gleiss⁴³⁰⁾ wendet sich gegen diese Ansicht. Er sieht in der getroffenen Regelung die Parallele zu den geringeren Anforderungen, die an die Freistellung der Verträge und Beschlüsse im Sinne des § 15 GWB gestellt werden. Gleiss ist zwar darin zu folgen, daß der Wortlaut des § 102 Abs. 2 GWB nicht widersprüchlich ist, da er die Mißbrauchsfolgen nicht, wie Schork meint⁴³¹⁾, an einen „Mißbrauch der Freistellung von § 15 GWB“ knüpft, sondern vielmehr an den Mißbrauch der durch Freistellung gemäß § 102 Abs. 1 S. 1 GWB „erlangten Stellung im Markt“. Doch können die aus Gründen der Zweckmäßigkeit gestellten geringeren formellen Anforderungen an die Freistellung von § 15 GWB das Fortbestehen mißbräuchlicher vertikaler Kartellverträge nicht rechtfertigen. Beide Sachfragen haben nichts gemein. Auch in den übrigen Fällen einer Mißbrauchsaufsicht über Verträge und Beschlüsse — §§ 12, 17 und 104 GWB — sind die Kartellbehörden befugt, jeweils alle der Aufsicht unterliegenden Vereinbarungen für unwirksam zu

⁴²⁶⁾ Schork Sparkasse 1959, 82

⁴²⁷⁾ Prölss VAG Anh. II § 81 Anm. 7 a; Gleiss in GemK. § 102 Anm. 23

⁴²⁸⁾ Schreihage BfGenW 1957, 767

⁴²⁹⁾ Schork Sparkasse 1957, 270; WuW 1958, 434

⁴³⁰⁾ Im Ergebnis ebenso Szagunn in Szagunn-Neumann KWG Anh. § 23 Anm. 31; Gleiss in GemK. § 102 Anm. 23

⁴³¹⁾ Schork Sparkasse 1957, 270

erklären, auch solche im Sinne des § 15 GWB⁴³²⁾. Es ist kein sachlicher Anlaß gegeben, in der Kredit- und Versicherungswirtschaft von dieser Regel abzuweichen. Auch die Materialien lassen nicht erkennen, daß der Gesetzgeber bewußt beide Verträge ungleich behandeln wollte.

Im sachlichen Ergebnis weichen beide Auffassungen nicht wesentlich voneinander ab. Die Kartellbehörde ist nämlich außerdem berechtigt, „Maßnahmen zu untersagen“. Unter Maßnahmen im Sinne dieser Vorschrift ist jedes tatsächliche Verhalten mit Einfluß auf die Wettbewerbsverhältnisse zu verstehen⁴³³⁾. Es können auf Grund dieser Befugnis bestimmte Handlungen zur Erfüllung von Kartellverträgen oder -beschlüssen verboten werden, so daß der kartellwidrige Zweck an sich wirksamer Verträge und Beschlüsse nicht verwirklicht werden kann.

Die eigentliche praktische Bedeutung dieser Befugnis liegt im Bereich des Empfehlungstatbestandes⁴³⁴⁾. Die Kartellbehörde kann auf Grund dieser Ermächtigung Kreditinstituten und deren Verbänden verbieten, mißbräuchliche Empfehlungen auszusprechen oder an sie ergangene Empfehlungen zu befolgen. Fraglich ist, ob der Kartellbehörde damit auch die Befugnis eingeräumt worden ist, ein positives Tun von den Kreditinstituten zu fordern, also beispielsweise eine Empfehlung zu widerrufen. Schork⁴³⁵⁾ hält, angesichts des klaren Wortlauts mit Recht, diese Maßnahme durch § 102 Abs. 2 GWB für nicht gedeckt, meint aber, man müsse der Kartellbehörde das Recht des § 104 Abs. 2 Nr. 1 GWB, den beteiligten Unternehmen aufzugeben, einen beanstandeten Mißbrauch abzustellen, auch für die Kredit- und Versicherungswirtschaft zugestehen. Die Befugnis des § 104 Abs. 2 Nr. 1 GWB kann jedoch nur insoweit in § 102 Abs. 2 GWB eingeführt werden, als dadurch dessen Rechte nicht erweitert werden. Das Recht, einen beanstandeten Mißbrauch abzustellen, besteht nur dort, wo dieses Recht als das weniger stark eingreifende Mittel gegenüber den nach § 102 Abs. 2 GWB zulässigen erscheint, dessen Verwendung schon nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels zu fordern ist. Die Kartellbehörde kann daher wohl verlangen, Verträge und Beschlüsse abzuändern, statt sie aufzuheben. Sie kann dem Empfehlenden auch verbieten, Empfehlungen auszusprechen, und dem Adressaten, sie zu befolgen. Sie kann jedoch einem Empfehlenden nicht aufgeben, die Empfehlung zu widerrufen.

432) §§ 17 Abs. 1, 104 Abs. 2 Nr. 3 GWB

433) Reimann BB 1961, 1185

434) Gleiss in GemK. § 102 Anm. 23 c

435) Schork Sparkasse 1959, 82; a. A. Starck BB 1961, 889

Lebenslauf

Ich wurde am 17. April 1936 als zweites Kind des Versicherungsangestellten Konrad Meyer und seiner Ehefrau Marie, geb. Kämper in Hannover geboren. Hier wurde ich auch im Herbst 1942 eingeschult. Vom Beginn des zweiten bis zum Abschluß des vierten Grundschuljahres besuchte ich die Volksschule in Helsinghausen/Kreis Grafschaft Schaumburg und danach die Oberschule in Bad Nenndorf. Im Sommer 1949 wechselte ich zur Humboldtschule in Hannover-Linden über, an der ich am 16. März 1956 die Reifeprüfung bestand. Anschließend war ich zweieinhalb Jahre als Lehrling bei der Hannoverschen Landeskreditanstalt und der Niedersächsischen Wohnungskreditanstalt — Stadtschaft — in Hannover tätig. Nach Beendigung der Lehre studierte ich Rechtswissenschaften und Betriebswirtschaft in Berlin, Freiburg und Göttingen. Am 24. Mai 1963 bestand ich vor dem Prüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Celle die erste juristische Staatsprüfung. Seither befinde ich mich als Gerichtsreferendar im juristischen Vorbereitungsdienst des Oberlandesgerichtsbezirks Celle.

gez.: Hans Dieter Meyer

